

ما شاء الله لا قوة الا بالله

(الجزء السابع)

من نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار  
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى  
زاده أفندى قاضى عسكرى روملى  
وهى تكملة فتح القدير للحقق  
الكامل بن الهمام رحمه  
الله تعالى آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للإمام أكل الدين محمد بن محمود البارقي  
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى  
جلبي وسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تبيينه) قد جددنا الهداية والتكملة في الصلب الاول في صدر الصحيفة  
وبليه الثانى مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي  
الاول في صدر الهامش وبليه الثانى فليعلم

(محل بيعه مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه يحرار المسجد الحسينى بمصر)

الطبعة الاولى

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٧

هجريه

(بالقسم الادبى)

باب اقرار المريض

أفرد اقرار المريض في باب على حدة لا يختص به بأحكام ليست للصحيح وأخره لأن المرض بعد الصحة قال (واذا أقر الرجل في مرض موته الخ) إذا مرض المدينون ولزمته ديون حال مرضه بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأته تزوجها وعلم معاينة أو أقر في مرضه بديون غير معلومة الأسباب فديون الصحة والتي عرفت أسبابها مقدمة على الديون المقربة (وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض) سواء كان بسبب معلوم أولا (يستويان لا سواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الأهل) إذا الغرض فيه المضاف إلى محله وهي الذمة القابلة للحقوق

باب اقرار المريض

قال المصنف (واذا أقر الرجل إلى قوله مقدم) أقول التعبير عن المقربة تارة بصيغة الجمع وتارة بصيغة المفرد دلالة على أنه لا فرق بين الدين والديون في الحكم قال المصنف (وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة إلى قوله ومنا كحة)

ومن يتوكل على الله  
فهو حسبه

(بسم الله الرحمن الرحيم)

باب اقرار المريض

قال (واذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف للأسباب مقدم) وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لا سواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

باب اقرار المريض

لما فرغ من بيان أحكام اقرار الصحيح شرع في بيان أحكام اقرار المريض لأن المرض بعد الصحة وأفرد به باب على حدة لا يختص به بأحكام ليست للصحيح (واذا أقر الرجل في مرض موته بديون) أي بديون غير معلومة الأسباب (وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه) أي في مرض موته (بأسباب معلومة) متعلق بلزمته أي لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف للأسباب مقدم) على ما أقر به في مرضه إلى هنا لنظ القدوري في مختصره قال المصنف (وقال الشافعي دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو باقراره (ودين الصحة يستويان لا سواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض

أقول المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل خاص فيمنعني أن يضم إليه أنه لم يفصل أحدين لوصفي  
النايب بالاقرار في دين الصحة والنايب بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال النايب في المرض ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى ثم أقول القياس على المباينة والمنا كحة لأن على كون الاقرار سبب الملك عند الشافعي على ما ذهب إليه بعض أصحابنا لا دليله على ما هو المختار وأشار إليه المصنف في تقرير دليل أنتمنا (قوله وهو الاقرار الصادر الخ) أقول أي هو الاقرار الصادر عن الأهل والاقرار المضاف إلى المحل ولكن بقي ههنا شيء وهو أن ظاهر هذا الكلام لا يطابق المشرع

فصار كأنشاء التصرف مبايعة أو منة كنه وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهم ما المانع عن الكذب في الاخبار والاقرار باخبار  
عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه (ولنا أن الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه  
لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلاً اذا ( ٣ ) احاطت الدين بماله وبالزيادة على الثلث

اذا لم يكن عليه دين وفي هذا

التوضيح جواب عما ادعى

الشافعي من الاستواء بين

حال الصحة والمرض فانه

لو كانتا متساويتين لما

منع من التبرع والمحاباة

في حال المرض كما في حال

الصحة فان قبل الاقرار

بالوارث في المرض صحيح

وفد تضمن ابطال حق

بقية الورثة أوجب بأن

استحقاق الوارث المال

بالنسب والموت جميعاً

فالاستحقاق يضاف الى

آخرهما وجودا وهو الموت

بخلاف الدين فانه يجب

بالاقرار لا بالموت

قال المصنف (لان حق

غرماء الصحة الخ) أقول

وهم هذا يخرج الجواب عن

قوله ومحل الوجوب الذمة

فان الدين يتعلق بالمال

عند الموت لحراب الذمة

وسبب الموت المرض

فيستند حكم الحراب الى

أول المرض ويصير كأن

الدين متعلق بالمال عند

الاقرار اليه أشير في

المبسوط قال المصنف

(ولهذا منع من التبرع

الخ) أقول التفسير

بظاهره غير مستقيم كالا

ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كأنشاء التصرف مبايعة ومنة كنه ولنا أن الاقرار لا يعتبر  
دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال  
استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة لا بقدر الثلث

لوصفي العقل والدين لانهم ما المانع عن الكذب في الاخبار والاقرار باخبار عن الواجب في الذمة  
ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزاد جهة ربحا والصدق لان المرض سبب  
التورع عن المعاصي والانابة عما جرى في الماضي فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة أكثر فكان جهة  
قبول الاقرار فيه أوفر كذا في الشروح واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوجه  
الذي ذكره المصنف حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يقيد مساواته للدين الثابت بالاقرار في  
الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى أن يقال وعند الشافعي الدين في المرض يساوي الدين في الصحة  
لاستواء السبب المعلوم والاقرار انهم كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن هذا الدليل اذا أفاد مساواة  
دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعينة أيضاً بناء على عدم  
الفاصل بالفصل بين دينك والدينين ويطبق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقر في علم الاصول وأراد  
بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعينة والدليل  
خاص ثم قال ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى (أقول) لا حاصل له ههنا لانه ان  
أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار  
في الصحة على مساواته لا على ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة فليس يصحح اذا يلزم  
من وصول الشيء الى رتبة الأدنى وصوله الى رتبة الأعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثاني وان  
أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين  
الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة أعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة  
للهدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الأدنى الى رتبة شيء وصول الأعلى الى رتبة ذلك  
الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئاً ههنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين  
المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على أن مساواة الدين  
اللازم في المرض بأسباب معلومة للدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه أصلاً (ومحل الوجوب  
الذمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء فاستوى دين  
المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا  
استيفاء (وصار كأنشاء التصرف مبايعة ومنة كنه) أي صار اقراره في المرض كأنشاء التصرف  
بالبيع والشكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذا ههنا (ولنا أن الاقرار  
لا يعتبر دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير) أي اذا تضمن ابطال حق الغير كالأورهن أو أجر شيئاً ثم  
أقر أنه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المرتن والمستأجر لتعلق حقه بماله (وفي اقرار المريض ذلك)  
أي ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعني مال المريض (استيفاء) أي من  
حيث الاستيفاء (ولهذا منع) أي المريض (من التبرع والمحاباة لا بقدر الثلث) قال صاحب

يخفى على المتأمل ثم رأيت في الكفاية ما بنوههم كونه جواباً عن ذلك وهو هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية وهو ان المريض  
لما تعلق بماله حق الوارث لا يعتبر تبرعه الامن الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلا ينبغي منع  
فيما اذا تعلق به حق الغريم وهو أقوى أولى اه وأنت خير بأن عدم استقامة التقريب باق بعد



بمخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل

النهاية أي فيما اذا لم يكن عليه دين وأما اذا كانت الديون محبطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلاً في الثلث وما دونها انتهى واقفي أثره صاحب العناية في حل هذا المحل به - هذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قال ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلاً اذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى ( أقول ) ليس هذا بشرح صحيح اذا اظهر من قوله ما اذا لم يكن عليه دين اذا لم يكن عليه شيء من الديون أصلاً بمتن في وقوع النكاح في سياق النفي فيمنع من تبرعه في كلام المصنف ولتعلق حق غرماء الصحة بماله المرض من منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين أصلاً ولا يخفى أن هذا معنى لغو ينقض آخره لأنه اذا لم يكن على المريض دين أصلاً لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله فالوجه في حل هذا المحل أن يقال ما ذكره المصنف فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله وأما اذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقاً أي بالثلث وبما دونه نعم يمنع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين أصلاً لا يمكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لا جل لتعلق حق الغرماء بماله كما هو متفق على قول المصنف ولهذا منع انما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم إن جمهور الشراح قالوا في قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحاباة لا بقدر الثلث جواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال المرض فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة ( أقول ) مرد عليه أن يقال لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به ألا يرى أنه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه دين أصلاً فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي لان ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة ثم أقول كان الحق على المصنف أن يقول بل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلاً اذا أحاطت الديون بماله اذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي قطعاً وبصح التفرع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على النطن وكأن الامام الزيلعي تنبه لقصور ما ذكره المصنف ههنا في التفرع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف تقريراً لا لأن منعه من التبرع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا أحاطت الديون بماله وأما فيما اذا لم تحط به فمقدر بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه افراط فالحق الذي لا يخفى عنه في تنقيح الكلام ههنا لا فائدة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفاً فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً فلا استحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت ألا يرى أن شاهد ذي النسب قبل الموت اذا رجع بعد الموت والشهود له أخذ المال لم يضمناً شيئاً فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المبسوط والاسرار ( بخلاف النكاح ) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح يعني لا يلزمنا ذلك ( لانه من الحوائج الاصلية ) فان بقاء النفس بالناسل ولا طريق للناسل الا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاعذية ( وهو أي النكاح ) بمهر المثل هذه جملة حاله حالياً يعني أن النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز كذا في العناية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقاً ( أقول ) كون

من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاعذية ( قوله وهو بمهر المثل ) يجوز أن يكون حالاً يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليس يحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية أجيب بان النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لأصل الوضع لا للعمال فان الحال مما لا يوقف عليها

قال المصنف ( بخلاف النكاح ) لأنه من الحوائج الاصلية ( أقول ) سيجب ان قضاء الدين أيضاً من الحوائج الاصلية وابطال حق الغرماء مشترك فان البضع ليس بماله متقوم فما الفرق وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين ههنا لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليتنامل ( قوله وهو بمهر المثل ) أقول هذه جملة معقضة ( قوله يجوز أن يكون حالاً ) أقول يعني من المستتر في الخبر ( قوله يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه

بمهر المثل ) أقول وفيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقاً



(قوله وبخلاف المبايعة) يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حتى الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصور والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المدين بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن ( ٥ ) لا بطلان حق الغير ليس يعتبر كما مر

أجاب بقوله (وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لانه قدرته على الاكتساب فيتحقق التتميم) فلم يحتج الى تعليق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فينتعلق حقهم به حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا أقر في المرض ثانيا وجب أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذات أجب بقوله (وحالتا المرض حالة واحدة) يعني أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة (لانه حالة العجز) فكانا بمنزلة اقرار واحد كالتى الصحة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالى الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز ففترقا) فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في أول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقى الكلام في تقديم الدين المعروفة على الدين الثابت (واعتقدت) فقال (واعتقدت) الدين المعروفة لانه لا تهمه في ثبوتها اذا المعين لامرله

وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصور وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التتميم وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة العجز بخلاف حالى الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز ففترقا وانما تقدم الدين المعروفة لاسباب لانه لا تهمه في ثبوتها اذا المعين لامرله وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره النكاح من الحوائج الاصلية مطاقا ممنوع فان الحوائج الاصلية ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح بأكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لا مكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء جوارى وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهو تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية لانه ليس له رجا بقاء النسل ولا احتياج قضاء شهوة قلنا النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لا أصل الوضع لا الحال فان الحال مما لا يوقف عليها لينتفى الامر عليها اليه أشار في الاسرار وكفى الشروع (وبخلاف المبايعة بمثل القيمة) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء المبايعة يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة (لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصور) والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وان كانت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شئ من حقهم بل فيه تحصيل حقهم من محل الى محل يعدله والبدل حكم المبدل ولما استشعر أن يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المدين بطل اقراره بالدين حالة الصحة أيضا لان الاقرار المتضمن لا بطلان حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس يبطل بالاجماع أجب بقوله (وفي حالة الصحة لم يتعلق) حق الغرماء (بالمال) أي بمال المدين (لقدرته على الاكتساب) أي لقدرته المدين على الاكتساب في تلك الحالة (فيتحقق التتميم) أي تتميم المال وهو تكثيره يقال غر الله ماله أي كثره فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فينتعلق حقهم بماله في هذه الحالة حذرا عن التوى ولما استشعر أن يقال سلمنا ذلك لكن اذا أقر في المرض ثانيا ينبغي أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لانه تعلق حقهم بذلك أجب بقوله (وحالتا المرض حالة واحدة) أي حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت حالة واحدة (لانه) أي لان المرض (حالة العجز) ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقراران في المرض بمنزلة اقرار واحد كما ان حالى الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالى الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز ففترقا) للتصرف (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن التصرف قال في غايه البيان لو قال حالة عجز لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالاطلاق (فافترقا) أي افترقا الوجهان أو الحكمان فنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولم يمنع الاقرار في أول المرض عن الاقرار في آخره ثم إن الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقى الكلام في تقديم الدين المعروفة لاسباب عليه فقال (واعتقدت) الدين المعروفة لاسباب) يعني انما تقدم الدين اللازمة في حالة المرض بأسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض (لانه لا تهمه في ثبوتها) أي في ثبوت تلك الدين (اذا المعين لامرله) يعني أن ثبوتها بالمعينة والامر المعين لامرله فتقدم على المقر به في المرض (وذلك) أي ما ذكر من الدين المعروفة لاسباب (مثل بدل مال ملكه) كمن المبيع وبدل القرض (أو استهلكه) أي بدل مال استهلكه (وعلم وجوبه) أي وجوب البدل (بغير اقراره) أي بغير اقرار المريض أن يثبت وجوبه

قال المصنف (لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز) أقول الانسب بقوله حالة اطلاق أن يقال حالة عجز سبقت اليه الاتساق (قوله بين دين الصحة ودين المرض) أقول الثابت بالاقرار والاضافة للعهد

أو تزوج امرأته بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين في يده لا تخولم بصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض لأن في إبطال البعض إبطال حق الباقيين

بعمارة القاضي أو بالينة (أو تزوج امرأة بمهر مثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استملكه بحسب المعنى كأنه قال أو مهر مثل امرأته تزوجها فانه أيضا من الديون المعروفة بالاسباب (أقول) الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير إقرار المريض شرط في هذا المثال أيضا ولا كان مما ثبت بإقرار المريض فلا يصح مثالا لما يقدم عليه من الديون المعروفة بالاسباب وإذا كان ذلك شرطا في هذا أيضا لا يرى في تأخير المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير إقراره وجه وجيه (وهذا الدين) يعني الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أشار به إلى قوله لانه لا تتم مة في ثبوتها فان تلك العلة أعني عدم التهمة في الثبوت كما تنمى في الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة بناء على أن المعايير لا مرد له كذلك تنمى في دين الصحة مطلقا أما فيما لم يرد له الصحة بأسباب معلومة فبناء على أن المعايير لا مرد له وأما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على أن لا يكون فيه إبطال حق الغير كما في إقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا إشارة إلى قوله إذا المعايير لا مرد له (أقول) ليس هذا ابتداء لان تلك العلة أعني قوله إذا المعايير لا مرد له لا تنمى فيما إذا ثبت دين الصحة بالاقرار إذا ثبت بالاقرار ليس من المعايير فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب العناية لما بينا أنه من الحوائج الأصلية بمعنى في النكاح ولا تهمة في ثبوتها في غير ما انتهى (أقول) هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف لانه لا تهمة في ثبوتها مع قربه في الذكروشمه لا لدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به في شرح قوله ههنا لما بينا فيصار إلى توزيع قوله لما بينا إلى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها أو إلى قوله في بعضه بخلاف النكاح لانه من الحوائج الأصلية وهو عهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب العناية وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله لما بينا إشارة إلى قوله لانه من الحوائج الأصلية وقوله لانه لا تهمة في ثبوتها (أقول) أن أراد أن قوله لما بينا إشارة إلى قوله لانه من الحوائج الأصلية وقوله لانه لا تهمة في ثبوتها صاحب العناية فبذلك ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بينا وان أراد أنه إشارة إلى قوله المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لتكون الديون المعروفة بالاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من الحوائج الأصلية وهو عهر المثل مخصوص بالنكاح وليس كذلك من أسباب تلك الديون من الحوائج الأصلية قط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أي المريض (بعين في يده لا تخولم) سواء كانت العين أمانة أو مضمونة (لم يصح) إقراره (في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أي بما أقر به ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري ومفادها أن الإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه (ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعي ذكر المصنف هذه المسئلة أيضا تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليقه (لان في إبطال البعض إبطال حق الباقيين) وهو لا يصح فان فعل ذلك لم يسل المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالخصص عندنا نص عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي المقبوض سالم للقابض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضى دين من يخاف أن لا يسامحه بالابراه بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب أن النظر لنفسه انما يصح إذا لم يبطل حق غيره

فقدم على المقر به وتصبح مثل دين الصحة (لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أنهم من الحوائج الأصلية بمعنى في النكاح ولا تتم مة في ثبوتها في غيره قال (ولو أقر بعين في يده لا تخولم بصح) الإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه يمنع عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين (ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض) سواء كانوا غرماء الصحة أو المرض أو مختلطين (لان في ذلك إبطال حق الباقيين) فلا يصح فان فعل ذلك لم يسل المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالخصص عندنا وقال الشافعي سلمه ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضى من يخاف أن لا يسامحه بالابراه بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب أن النظر لنفسه انما يصح إذا لم يبطل حق غيره

(قوله ولا تهمة في ثبوتها في غيره) أقول فيه بحث فان الظاهر من كلام المصنف أن قوله لا تهمة في ثبوتها يعم النكاح وغيره قال الاتقاني قوله لما بينا إشارة إلى قوله إذا المعايير لا مرد له اه وفيه بحث أيضا

وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقدت ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال (فاذا قضيت) يعني الديون المقدمة (وفضل شيء يصرف الى ما أقرب به في حالة المرض) لأن الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال (وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره) لانه لم يتضمن ابطال حق الغير

النظر غير مردود والجواب ان النظر انفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره (وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء) أي وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الاسباب سواء في عدم جواز ايشار البعض على البعض بقضاء الدين والعلة اشترالك الكل وتساويهم في تعلق حقهم بمال المريض (الا اذا قضى ما استقرض في مرضه) هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعاً أعني قضى واستقرض فالعني الا اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذلك قوله (أو نقدت ما اشترى في مرضه) أي نقدت في مرضه عن ما اشترى في مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبينة) أي والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة أو بمعاينة القاضي فثبت بجواز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما ويسلم المقبوض لهما - ما ولا يشاركهما في ذلك غيرهما لانه لم يبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل الى محل بعدله وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل وفي المبسوط رأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أو كان يمتنع سلامته لردود عليه لحق غرماء الصحة لا يمتنع ذلك فكذلك اذا رد به لأن حكم البديل حكم المبدل قال في النهاية وذكر في الذخيرة بأوضح من هذا فقال فان قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والا - بل لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في أعيانه وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل الا يرى أنه لو باع ماله ليوفي حقوقهم كان له ذلك فاما في النكاح والاجارة فبقضاء المهر والاجر ابطال حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليتيه لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فكان ابطالا لحقهم وليست له ولاية الابطال انتهى (قال) أي القدروري في مختصره (فاذا قضيت) على صيغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعني الديون المقدمة) وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة (وفضل شيء) هذا من كلام القدروري يعني وفضل شيء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة (يصرف الى ما أقرب به في حالة المرض) قال المصنف في تعليقه (لان الاقرار في ذاته صحيح) أي محمول على الصدق في حق المقرض ودوره عن أهله في محله اذا الكلام فيه فيكون حجة عليه (وانما رد في حق غرماء الصحة) لكونه متمم في حق الغير (فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته) أي صحة اقراره في المرض لزوال المانع (قال) أي القدروري في مختصره (وان لم يكن عليه) أي على المريض (ديون في صحته جاز اقراره) وان كان بكل ماله قال المصنف في تعليقه (لانه لم يتضمن ابطال حق الغير) يعني أنه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك نفذ اقراره لعدم المانع (أقول) كان الظاهر في وضع المسئلة أن يقال وان لم يكن عليه ديون في صحته ولا ديون لازمة في مرضه بأسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضا على الدين الثابت باقرار المقرض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فانه ظاهر أن لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون في صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه بأسباب معلومة

(قوله الا اذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه أو نقدت ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة أو بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقائض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل آخر بعدله رأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أو كان يمتنع سلامته لردود عليه لحق غرماء الصحة لا فكذلك اذا رد به لأن حكم البديل حكم المبدل (فاذا قضيت الديون المقدمة) بنوعها (وفضل شيء) يصرف الى ما أقرب به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح أي محمول على الصدق في حق المقرض ودوره عن أهله في محله اذا الكلام فيه فيكون حجة عليه (وانما رد في حق غرماء الصحة) لكونه متمم في حق الغير (فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته) أي صحة اقراره في المرض لزوال المانع (قال) أي القدروري في مختصره (وان لم يكن عليه) أي على المريض (ديون في صحته جاز اقراره) وان كان بكل ماله قال المصنف في تعليقه (لانه لم يتضمن ابطال حق الغير) يعني أنه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك نفذ اقراره لعدم المانع (أقول) كان الظاهر في وضع المسئلة أن يقال وان لم يكن عليه ديون في صحته ولا ديون لازمة في مرضه بأسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضا على الدين الثابت باقرار المقرض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فانه ظاهر أن لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون في صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه بأسباب معلومة

(قوله أو نقدت ما اشترى) أقول يعني نقدت في مرضه



(وكان المقر له أولى من الورثة) لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدق فيه ببقية الورثة) وقال الشافعي في أحد قوليه يصح

(وكان المقر له أولى من الورثة) لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) فان قبل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وذلك أقوى من قول عمر أجيب بأن ذلك في الوصية وما في معناها والاقرار الاجنبى ليس من ذلك كما سيأتى (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية) لأن به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا تقدم تجهيزه وتكفينه قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) واقرار المريض لوارثه باطل سواء أقر بعين أو بدين (الأن يصدق فيه ببقية الورثة) وقال الشافعي في أحد قوليه يصح

(قوله كما سيأتى) أقول في آخر الحقيقة

(وكان المقر له أولى من الورثة) هذا من كلام القدوري أيضا قال المصنف في تعليقه (لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) والاثري مثله كالمخبر لانه من المقدوات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظرا لأنه روى في مسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر ولا عمرو كذا روى في الاصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله (أقول) هذا النظر غير وارد لان كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافى كونه مرويا عن عمر أيضا فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء في النقل إلى أحدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم إلى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولما ماروى عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما أنهما قال إذا أقر المريض لوارثه لم يجز وإذا أقر لاجنبي جاز انتهى فتدبر (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية) إذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا في الشرح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة (ولهذا تقدم حاجته) أي حاجة الميت (في التكفين) والتجهيز (أقول) لقائل أن يقول ان كان قضاء الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الأصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين الثابت باقرار المريض وبين الدين اللازم منسأ كتحته بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج الأصلية وهو بهر المثل ثم أقول يمكن أن يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الأصلية إذا لم يتحقق هناك دين الصحة والدين اللازم في المرض بأسباب معلومة أو متحققة ولكن فضل شيء من التركة بعد قضائهما وأما إذا تحققوا لم يفضل شيء من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الأصلية لأن علة كونه من الحوائج الأصلية أن يرفع به الحائل بين المدين وبين الجنة كما مر وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لانهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرفع بقضائهما بخلاف النكاح فان علة كونه من الحوائج الأصلية كونه من مصالح المصلحة وهذه العلة متحققة في كل حال وأجاب بعض الفضلاء عن الإيراد المزبور بأنه لم يظهر ثبوت الدين فيما إذا أقر بدين في مرضه وعليه ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الأصلية (أقول) برده عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقر به في مرضه وبين ما لم يقر به من النكاح عدم ظهور ثبوت الاول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني إذا المعين لا مرده لعدم كون الاول من الحوائج الأصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فانه من الحوائج الأصلية ومورد الإيراد انما هو قول المصنف هذا ويمكن التوجيه فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرح حوايه وعن هذا قال صاحب النهاية وهو باطلاقة يتناول العيين والدين (الأن يصدق فيه) أي في اقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعي في قول واحد وهو قول شريح وابراهيم النخعي ويحيى الانصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعي في أحد قوليه يصح) وهو قول أبي نوري والعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح إذا لم ينهم ويبطل إذا اتهم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل ولو أقر لابن عمه قبل أن لا ينهم أن يزيد في نصيبه وينهم أن يزيد

لأنه اظهر حق ثابت ترجح جانب الصدق فيه ( بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيًا في فكائه وقبته ) (فصار كالقرار لا جنبي ووارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث) كما إذا أودع أباه ألف درهم بعناية الشهود فلما حضرت الوفاة الأب قال استهلكتها ومات وأتذكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقره ( ٩ ) خاصة لان تصرف المريض انما يرد

للتهمة ولا تهمة ههنا ألا ترى انه ان كذبناه فمات وجب الضمان أيضا في تركته لأنه مات مجبلا ( وانا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقراره بالدين ) وهو نص في الباب لكن شمس الأئمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما وأراد به ما روى عنه اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدق الورثة وبه أخذ علماءنا لأن قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس

قال المصنف (لأنه اظهر حق ثابت الخ) أقول فيه دلالة على ان الاقرار مظهر عنه - ده أيضا لا سبب للوجوب كما يفهم من تقرير دليل المذکور في أول الباب ولعل فيه قولين عن الشافعي كما عن أصحابنا أو يقدّر المضاف هناك والمعنى لا استواء بين ظهورهما (قوله ألا ترى أنه ان كذبناه فمات وجب

لأنه اظهر حق ثابت لترح جانب الصدق فيه وصار كالقرار لا جنبي ووارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقراره بالدين

في نصيبها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوليه ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أي لان هذا الاقرار (اظهر حق ثابت) أي اخبار عن حق لازم عليه (لترح جانب الصدق فيه) أي في هذا الاقرار بدلالة الحال فان حال المرض أدل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الاقرار به (وصار) هذا الاقرار (كالقرار لا جنبي ووارث آخر) فمات بقر لجهول النسب بأنه ابنه فانه يصح وان تضمن وصول شيء من التركة اليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ما ذكر في الجمع الكبير رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الأب أو مرضه بعناية الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ومات وأتذكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز والالف من تركته للابن المقره خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه أننا لو لم نعتبر اقراره بصير كاتمهات مجبلا فيجب الضمان فلا يفيد اقراره ولان تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا (أقول) جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعينة في المسئلة المذكورة انما هو ابداع الوارث تلك الوديعة لاستهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو المفروض في هاتين المسئلتين فبقى الكلام في صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد للتهمة لا لخلل فيه ولا تهمة في هذا ألا يرى أنا اذا كذبناه فمات وجب الضمان أيضا في تركته لأنه مات مجبلا انتهى وكان ذلك الجماعة من الشراح اغترروا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تهمة في هذا ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعينة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في اقراره أم كذب لأنه مات مجبلا كما هو الظاهر من التنوير المذکور فيه ثم ان صاحب العناية لم يصب أيضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذکور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي مع أن التعليل المذکور رجح على الشافعي لانه وانما الصواب أن يذكر مضمون ذلك التعليل ههنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة المذكورة كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقراره بالدين) رواه الدارقطني في سننه عن فوح بن دراج عن أبان بن ثعلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقراره بالدين قال شمس الأئمة السر خسي في مبسوطه ووجبتنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام ألا لا وصية لوارث ولا اقراره بالدين إلا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة وانما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدق الورثة وبه أخذ علماءنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذلك قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون اجاعا انتهى أقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله

( ٢ - نكته سابع ) (الضمان) أقول وبهذا خرج الجواب عن قياس الشافعي محل النزاع بالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث الحديث) أقول رواه الدارقطني كذا قال الانقائي (قوله لكن شمس الأئمة قال هذه الزيادة الخ) أقول يعني في المبسوط (قوله وأراد به الخ) أقول يعني أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما

ولانه تعلق حق الورثة بحاله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقربة سبب التعلق الا أن هذا التعلق لم يظهر في

(ولان حق الورثة تعلق بحاله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين) وتذكر ما أوردنا بالاقرار بوارث آخر وما أجبتنا به عنه (ولان حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالأقرار لبعض الورثة فيه بورث تهمته تخصيصه (والقربة) تمنع عن ذلك لانها (سبب تعلق حق الأقرباء بالمال) وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بالأخص (الا ان هذا التعلق لم يظهر في

قال المصنف (ولهذا يمنع من التبرع الخ) أقول منعا كليا لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد فانه اذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضا تدبر قال المصنف (ففي تخصيص البعض به الخ) أقول الظاهر أن يقال وفي بالواو قال المصنف (ولأن حالة المرض الخ) أقول عطف على قوله وله - هذا الخ فانه كان دليلا انيا وهذا دليل على (قوله بورث تهمته تخصيصه) أقول لجوار أنه أراد الاشارة بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية

عليه وسلم والاثرا الذي روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انما يدل على بطلان اقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومثلهما تم بطلان اقراره بالدين وبالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا أن يلتزم ذلك بناء على افادة الدليل العقلي الا أن كلية المدعى فتأمل (ولانه تعلق حق الورثة بحاله في مرضه وله - هذا يمنع) أي المريض (من التبرع على الوارث) كالوصية والهبة (أصلا) أي بالكسبية (ففي تخصيص البعض به) أي في تخصيص البعض الورثة بحاله (ابطال حق الباقيين) أي ابطال حق باقي الورثة وهو جوار عليهم فيردون ذلك كرهنا ما ورد عليه من الاشكال بالاقرار في المرض بوارث آخر وجوابه فان قد ذكرناهما فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه خرافا وبالمرض تزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى العقلي فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار للوارث اتصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقيين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو ممتهم فيه لجواز أنه أراد الاشارة بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن نتوقف بحجته على رضا الباقيين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير ممتهم فيه لانه عاقل اتصال النفع اليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرفق في تحصيل المقصود به انشاء لا يتمكن التهمة في اقراره - كذا في الكفاية ومعراج الدراية (ولان حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالأقرار لبعض الورثة فيه بورث تهمته تخصيصه (والقربة) تمنع عن ذلك لانها (سبب التعلق) أي سبب تعلق حق الأقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بالأخص وعلى هذا التقرير الذي هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف ولان حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلا مستقلا على أصل المسئلة وهو الظاهر من أسلوب تحريره وقال بعض الفضلاء قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فانه كان دليلا انيا وهذا دليل على (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان تقديم قوله في تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين بأي عن ذلك جدا لان قوله لانه تعلق حق الورثة بحاله في مرضه مقدمة لدليل أصل المسئلة وقوله في تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين مقدمة أخرى له مربوطه بالاولى ولو كان قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسط المقدمة الثانية بين دليلي المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقربة سبب التعلق لأن يكون دليلا على قوله ولانه تعلق حق الورثة بحاله في مرضه لولا توسط قوله في تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين وعن هذا قال في الكافي ولانه أثر بعض ورثته بشئ من ماله بعد تعلق حق الكل بحاله فيرد كالأوصى له بشئ من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانتهاء آماله عند اقباله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق أقربائه ولهذا منع من التبرع على وارثه أصلا فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقيين انتهى وقال في التبيين ولان فيه اشارة بعض الورثة بحاله بعد تعلق حق جميعهم به فلا يجوز ما فيه من ابطال حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تبصر (الا أن هذا التعلق) أي تعلق حق الورثة بحاله المريض في حالة المرض (لم يظهر في



حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه (فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيان مما كسبه معه فلا يحصل (١١) الربح (و) لهذا لم يظهر في حق الاقرار

وارث آخر لحاجته أيضا (وهو السؤال المذكور آنفا (ثم هذا يتعلق بحق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطالوه فبصح اقراره (واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس أن لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا اننا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم ونم حتى يأتي على الكل حق الاجنبي) حيث لم يمنع اقرار المريض لاجنبي (لحاجته) أي الحاجة الانسان (الى المعاملة) مع الناس (في الصحة) أي في حالة الصحة فلزم يصح اقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حالة الصحة (لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) في الصحة بناء على جواز ان يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعا ولما استشعر أن يقال الحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيان مما كسبه معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أي وكذا لم يظهر هذا التعلق (في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) أي الحاجة الانسان الى الاقرار بالوارث أيضا لان الاقرار بالنسب من حوائج الاصلية لانه يحتاج الى ابقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا يتعلق) أي يتعلق حق الورثة بمال المريض في مرضه (حق بقية الورثة فاذا صدقوه) أي اذا صدق بقية الورثة المقر بوارث (فقد ابطالوه) أي ابطالوا حقهم (فبصح اقراره) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا أن تصدقه فيه بقية الورثة (واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا) اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني وفي العناية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان (والقياس أن لا يجوز الا في الثلث) وهو مذهب بعض الناس كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه (لان الشرع قصر تصرفه) أي تصرف المريض (عليه) أي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا التبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب أن لا ينفذ الا في الثلث كذا قالوا (أقول) لقائل أن يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والالزام أن لا ينفذ تصرفه في نحو ثمن الاغذية والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به أحد وقد تقرر فيما مر أن قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجز القياس المذكور في الاقرار بالدين اللهم الا أن يدعى أن كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاستحسان أيضا دون القياس (الا اننا نقول) في وجه الاستحسان (لما صح اقراره في الثلث) لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين) والثلث بعد الدين محل التصرف قطعاً فينفذ الاقرار في الثلث الثاني (ثم ونم حتى يأتي على الكل) كذا في الايضاح وعامة المعبرات (أقول) فيه شيء وهو أن الاتيان على الكل غير متصور في الوجه المذكور أعلى القول بالجزء الذي لا يتجزأ كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثليث اذا انتهى الى ثلاثة اجزاء فأخرج

حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه (فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيان مما كسبه معه فلا يحصل (١١) الربح (و) لهذا لم يظهر في حق الاقرار

وارث آخر لحاجته أيضا (وهو السؤال المذكور آنفا (ثم هذا يتعلق بحق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطالوه فبصح اقراره (واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس أن لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا اننا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم ونم حتى يأتي على الكل حق الاجنبي) حيث لم يمنع اقرار المريض لاجنبي (لحاجته) أي الحاجة الانسان (الى المعاملة) مع الناس (في الصحة) أي في حالة الصحة فلزم يصح اقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حالة الصحة (لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) في الصحة بناء على جواز ان يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعا ولما استشعر أن يقال الحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيان مما كسبه معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أي وكذا لم يظهر هذا التعلق (في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) أي الحاجة الانسان الى الاقرار بالوارث أيضا لان الاقرار بالنسب من حوائج الاصلية لانه يحتاج الى ابقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا يتعلق) أي يتعلق حق الورثة بمال المريض في مرضه (حق بقية الورثة فاذا صدقوه) أي اذا صدق بقية الورثة المقر بوارث (فقد ابطالوه) أي ابطالوا حقهم (فبصح اقراره) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا أن تصدقه فيه بقية الورثة (واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا) اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني وفي العناية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان (والقياس أن لا يجوز الا في الثلث) وهو مذهب بعض الناس كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه (لان الشرع قصر تصرفه) أي تصرف المريض (عليه) أي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا التبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب أن لا ينفذ الا في الثلث كذا قالوا (أقول) لقائل أن يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والالزام أن لا ينفذ تصرفه في نحو ثمن الاغذية والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به أحد وقد تقرر فيما مر أن قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجز القياس المذكور في الاقرار بالدين اللهم الا أن يدعى أن كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاستحسان أيضا دون القياس (الا اننا نقول) في وجه الاستحسان (لما صح اقراره في الثلث) لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين) والثلث بعد الدين محل التصرف قطعاً فينفذ الاقرار في الثلث الثاني (ثم ونم حتى يأتي على الكل) كذا في الايضاح وعامة المعبرات (أقول) فيه شيء وهو أن الاتيان على الكل غير متصور في الوجه المذكور أعلى القول بالجزء الذي لا يتجزأ كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثليث اذا انتهى الى ثلاثة اجزاء فأخرج

الدين محل التصرف للمريض فكما أقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما به دمه وليس الثلث بعد الوصية بشي محل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس الا فافترقا

(قوله كما مر) أقول في آخر العصفية السابقة

قال ( ومن أقر لا جنبي الخ ) المقر له إما أن لا يكون وارثا للريض أو يكون وارثا والوارث إما مستمر أو غير مستمر وغير المستمر إما أن يكون وارثا حالة الأقرار غير وارث حالة الموت لغيره وإما أن يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الأقرار لغيره وإلغيره وإلغيره فإما أن يكون سبب الإرث مما يستند إلى وقت العلوق أولا وإما أن يكون أعني غير المستمر وارثا في الحالين غير

( ١٢ )

وارثين مما فذلك ثمانية

أوجه ففيها لم يكن أصلا صح إقراره بالاجماع وفيما كان وارثا لم يستمر إلا بصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الأقرار دون الموت فإن كان الانتفاء لغيره كما إذا أقر لا أخيه وهو وارث ثم ولده ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقيق صح الأقرار باتفاق بين أصحابنا لأن الإرث بالموت فإذا لم يكن عنده وارثا كان كالأجنبي وإن كان لغيره أي لغيره لغيره كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث

( قوله وما لغيره ) أقول أي لغيره لغيره ( قوله وإما أن يكون ) أقول معطوف على قوله وإما أن يكون وارثا حالة الموت وهذا القول معطوف على قوله إما أن يكون وارثا حالة الأقرار ( قوله كما إذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها ) أقول لا بد من التأمل في أن الصورة المذكورة في الكتاب بقوله ومن طلق زوجته في مرضه

قال ( ومن أقر لا جنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره فإن أقر لا جنبيه ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها ) ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقر لا بنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان الزوج فبقي إقراره لا جنبيه قال ( ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه )

منها أحدهما وبقي جزآن امتنع بعد ذلك إخراج الثلث من ذينك الجزأين الباقيين لعدم إمكان التجزؤ في شئ منهما وأما على القول بإمكان القسمة إلى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فذلك لأن الثلث في كل مرتبة لا يحتمل أن يكون عين الكل للقطع بغيره الجزء لكل لا يقال مرادهم الاتيان على قريب من الكل لأعلى الكل حقيقة لأننا نقول حينئذ لا يتم التقريب لأن المدعى جواز الأقرار لا جنبي وإن أحاط بكل ماله حقيقة تدبر ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله إذا لم يكن عليه دين فانها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها لأن المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم إلى أن بقي على الكل وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشئ محل تصرف المريض وصية وإنما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافتقرا ( قال ) أي القدوري في مختصره ( ومن أقر لا جنبي ) في مرضه بماله ( ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه ) أي ثبت نسب المقر له من المقر ( وبطل إقراره ) بالمال ( فإن أقر لا جنبيه ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها ) بخلاف الهبة والوصية حيث بطلت لهما أيضا وقال زفر بطل إقرارها أيضا لأنها وارثة له عند الموت فحصلت النعمة وهي المعترف في الباب ولنا ما ذكره المصنف بقوله ( ووجه الفرق ) أي بين المسئلتين ( أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقر لا بنه فلا يصح ) يعني أن النسب إذا ثبت ثبت مستندا إلى وقت العلوق فتبين بذلك أن إقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل ( ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان الزوج ) يعني أن الزوجية إذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد ( فبقي إقراره لا جنبيه ) فيصح بخلاف الهبة والوصية لأن الوصية تخليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية على ما يأتي بيانه وفي وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبده ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالأقرار باطل لأنه حين أقر كان سبب النعمة بينهم ما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في نافي الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لأن سبب النعمة لم يكن هناك قائما وقت الأقرار انتهى ( قال ) أي القدوري في مختصره ( ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه ) أي من الزوج قال الإمام الزيلعي في شرح الكنته إذا طلقها بأسوأها وانطلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغنا ما بلغ ولا يصح الإقرار لها لأنها وارثة إذ هو فارق وقد بيناه في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهد في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشرح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه في الجامع والمحيط غير أنه لو لا الأقرار في الوضع الأول لثمة إذا مات في العدة وفي الوضع الثاني لثمة ومع هذا إذا أقر لها بدين فلها

الأقل

ثلاثا ثم أقر الخ في إية هذه الصورة يندرج فأنهم تدرج فيما ذكره الشارح لمكان ثم في عبارة الكتاب والمذكور في الشرح لما كان المقر له وارثا حال الأقرار

لوجود تهمة الايثار بقبيل العدة فلعله استقل ميراثها وباب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقل فيثبت وفيما اذا كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لرفـ واعتبار الحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح ( ١٣ ) كما اذا اقر لاخيه ثم تزوجها قلنا

الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين عوت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثه قبل الزواج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاخيه في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فيبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاخيه ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان المستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسيط كما اذا اقر لزوجه ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند أبي يوسف و جاز عند محمد وهو القياس لانها تزوجت بسبب حدث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس يستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول أبي يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الورثة عند الاقرار وحدث التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير صفة

لانهم ماتت مان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت

**فصل ( ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه )** الاقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه ( أقول ) قد اختلف رأياهما في استخراج هذا المقام والذي يطابق ما صرح في كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فانه قال هناك وان طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم اقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيدة هناك بما فيه الزيلعي ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاختراز عما اذا طلقها بغير أمرها ثم اتى بتبعت عامة المعترات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شيء منها بكون الحكم واحدا في الموضوعين المذكورين بل أينما وجدت المسئلة المزبورة مع كونه مع الحكم المسفور وجدت هاهنا مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها فانظر ما ذكره الزيلعي وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافي وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة ههنا أيضا بالقييد المذكور الا أنه فسرها حيث جعلها مبنية على ان كان المقر له وارثا حالة الاقرار دون الموت فغيرها عن وضعتها المذكور في الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث والمذكور في الكتاب ثم اقر لها وبينهما بون لا يخفى قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب ( لانهما ) أي الزوجين ( متهمان فيه ) أي في هذا الاقرار ( لقيام العدة ) أشار به الى أن وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة وأما اذا كان موته بعد انقضاءها فاققراره لها جائز ( وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله ) أي قلل الزوج ( أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ميراثها ) فوقع التهمة في اقراره ( ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت ) أي اقل الامرين قال علاء الدين السيدي في شرح الكافي ولو اقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرماء العدة به لانه اقر بما عاك انشاء فانعدمت التهمة ولو اقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها اقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان فصار الاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي الفتاوى الصغرى المربضة اذا اقرت باستيفاء مهرها فان مات وهي منكوبة أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوبة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح

**فصل في بيان الاقرار بالنسب** قدم الاقرار بالمسال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان وانما أفرد الثاني بفصل على حدة لانفراد بعض الشروط والاحكام كما سيظهر ( ومن اقر بغلام يولد مثله ) أي مثل ذلك الغلام ( لمثله ) أي مثل المقر يدين ههنا في السن بحيث يجوز أن يولد المفردة للمقر ( وليس له ) أي للغلام ( نسب معروف ) بل كان مجهول النسب ( انه ابنه ) أي اقر أنه ابنه ( وصدقه الغلام ) أي فيما اذا كان يعبر عن نفسه وأما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرح حواشي قاطبة ( ثبت نسبه منه )

الورثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار

**فصل ( ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمسال )**

( قوله ) كما اذا اقر لاخيه في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فيبطل اقراره ( أقول ) والاقرار لابن المحرم اذا أسلم أو عتق به الاقرار من هذا القبيل عنده على ما يجي في كتاب الوصية **فصل ( ومن اقر بغلام )**



شرايط أن يكون يولده له  
لمنه كي لا يكون مكذبا في  
الظاهر وأن لا يكون الولد  
ثابت النسب بآذلو كان  
لا يمنع ثبوته من غيره وأن  
يصديق المقر في اقراره اذا  
كان يعبر عن نفسه لانه  
في يد نفسه بخلاف الصغير  
الذي لا يعبر عن نفسه على  
ما مر في باب دعوى النسب  
ولا يمنع الاقرار به بسبب  
المرض لان النسب من  
الحوائج الاصلية وهو يلزمه  
خاصة ليس فيه تحمله على  
الغير فيثبت واذا ثبت كان  
كلوارث المعروف فيشارك  
ورثته قال (ويجوز اقرار  
الرجل بالوالدين الخ) هذا  
بيان ما يجوز الاقرار به  
وما لا يجوز اقرار الرجل  
بالوالدين والولد والزوجة  
والمولى يعني مولى العتاقة  
سواء كان أعلى أو أسفل  
جائز سواء كان اقراره بهؤلاء  
في حالة الصحة أو المرض

(قوله لقلته) أقول هذا  
وجه التأخير وأما وجه  
ذكره في فصل على حدة فلم  
يتعرض له لظهوره قال  
المصنف (ويجوز اقرار  
الرجل الخ) أقول وفيه بحث  
فان الاقرار بأمومية المرأة  
فيه تحميل النسب على  
زوجها فينبغي أن لا يقبل  
فان قيد بعدم الزوج لم يبق  
فرق بينه وبين اقرارها

بالولد فانه يصح أيضا اذا أخذ به القيد فلا يظهر وجه لا ثبات هذا ونفي ذلك فليتامل

وان كان مريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط أن يولده له لانه كي لا يكون مكذبا  
في الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره (وانما شرط تصديقه لانه في يد  
نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمنع بالمرض  
لان النسب من الحوائج الاصلية (ويشارك الورثة في الميراث) لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث  
المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى)

جواب المسئلة أي ثبت نسب الغلام من المقر (وان كان) المقر (مريضا) الى هنا لفظ القدروري  
في مختصره قال المصنف في تعليل المسئلة (لان النسب مما يلزمه خاصة) يعني أن النسب في الصورة  
المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير (فيصح اقراره به) وان كان مريضا لان  
اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة ههنا (وشرط أن يولده له لانه كي لا  
يكون مكذبا في الظاهر) فلا يصح اقراره (وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه) أي لان كون  
نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره) لان النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته (وانما شرط تصديقه)  
أي تصديق الغلام (لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه) واذا كان في يد نفسه  
يعبر فلا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين (أقول) ينتقض هذا  
التعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذ لا يشترط في لزوم ما أقربه هناك تصديق المقر له ولكن يرد  
الاقرار برده على ما تقر في صدر كتاب الاقرار مع جريان أن يقال في ذلك أيضا ان الحق له فينبغي أن  
لا يثبت بدون تصديقه وقال في البدائع لان اقراره ينضم ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى (أقول)  
تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتأمل وقال في التسهيل لما فيه من الزام حقوق  
النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى (أقول) هذا أظهر الوجوه وهو الحق عندي اذ لا شك انه يترتب على  
ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما أشبههما وفي بعضها مشقة على المقر له في الاقرار  
بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو  
نفع محض للمقر له فقبه بدم التزامه (بخلاف الصغير) الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد غيره فلا  
يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمنع  
بالمرض) أي لا يمنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لان النسب من الحوائج الاصلية) فصار كالنكاح  
عهر المثل (ويشارك الورثة في الميراث) هذا من تنمة كلام القدروري في مختصره أي ويشارك الغلام  
المقر له بالبنوة سائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله (لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث  
المعروف فيشارك ورثته) أي ورثة المقر بالنسب (قال) أي القدروري في مختصره (ويجوز اقرار الرجل  
بالوالدين والولد) أي بالشرايط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعبريات  
(أقول) لا يذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة اذ لا يدل عليها صراحة قوله ههنا  
والولد فاذا كانت الشرايط المعتبرة هناك معتبرة ههنا أيضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على  
الاستقلال كما وقع في مختصر القدروري وعامة المتون فائدة بعينها كما لا يخفى والله الموفق كذلك  
في الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) أي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط  
ههنا أن تكون المرأة خالصة عن زوج آخر وعنده وأن لا تكون تحت المقر أختا ولا أربع سواها ناص  
عليه في الكافي والشروح (والمولى) أي ويجوز اقراره بالمولى يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو  
أسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار  
بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم أن هذا الذي ذكره ههنا من صحة

لأنه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فحقق المقتضى وانتفى (١٥) المانع فوجب القول بجواز هذه

الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف ومخالف لعامة النسخ من المذهب وطوال ايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرهما والله تعالى أعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لأنه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب العناية وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحة دلالة الدليل المذكور انتهى يعني أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بصحته (أقول) فيه بحث أما أولاً فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام بابه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي فاذا لم يجوز تصديقها بالابه لم يجوز اقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشرط وأما ثانياً فلان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما ناشأ عما صرح به في عامة الروايات بأن اقرار الرجل بصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العبد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرفت في الاصول فلما لم يجوز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للعواطف ان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجاز أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الخفي الذي هو الاستحسان وبكل واحد منها يترك القياس الجلي وإن كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضاً فلا أقل من المساواة وعدم اطلاقنا على دليل ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعترض بعض الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة فنتبهي أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح أيضاً إذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفى ذلك انتهى (أقول) لانسلم أن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وإن كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضاً بناء على كونه أصل في النسب فكانه أقر على نفسه بالانتساب اليه أيضاً وعن هذا قال في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقبل أحدان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكانت دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطالع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (ويقيل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والافئدة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوى في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فيما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنسكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المذهب (ولا يقبل) أي لا يقبل اقرار المرأة (بالولد) وان صدقها (من فيه) أي في اقرارها بالولد (تحميل النسب) أي تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لا بانهم (الأن يصدقها الزوج)

(قوله وليس فيه تحميل النسب على الغير) أقول فيه تأمل فان الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير إذا كانت متزوجة وان قيد بعدم الزوج فاقصر اقرارها بالولد

بهذا القيد صحيح فواجب قوله ولا يقبل بالولد كما فصلناه في القول السابق

لان الحق له (أو تشهد بولادته قابلية) لان قول القابلية في هذا مقبول وقدم في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء

استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج يقبل اقرارها بالولد (لان الحق له) أي للزوج فثبت بتصديقه (أو تشهد بولادته قابلية) أي أو الا أن تشهد قابلية بولادته أي بتولد ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها أي بولادتها الياء في هذه النسخة أضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر (لان قول القابلية في هذا) أي في هذا الخصوص (مقبول) اذا القرض أن القراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة (وقدم في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة ثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج بلا عن لان النسب يثبت بالفراش القائم (وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) من هذا الكتاب وذلك التفصيل هو أن اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلية بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وأما اذا لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا ثبت النسب منها به ولها لان فيه الزام على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراؤه مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن أقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لا معنى بثبت نسب الولد من الاب دون الام مع أن الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل اذا أقر بالاخ بعد موت أبيه يشاركه في تركه أبيه على ما سألني في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حياته كما ذكر في المحيط والذخيرة قلت أما الاول فلا أن الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لابائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث أضاف الولد الى الاب بسلام الملك ولذلك اختص الاب بالنسب وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي صحة اقرار الاب بالولد وجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد في نسبه وأما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة أو الخمسة فهي ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص أي ان حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تفرير الصحة اقراره حتى انه اذا أقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث من أبي المقر وهو جحد المقر له وان كان الجحد يوجب ثبوت لابنه وأما فيما سوى الاربعة أو الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر به بغيره في موضعين أحدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من أقر بأخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبي المقر وأمه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرناه والثاني صحة رجوع المقر عما أقر في حق من سوى الاربعة أو الخمسة وعدم صحته في حق هؤلاء فان من أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح حتى انه لو أوصى بماله كله لانسأ بعد اقراره بأخ كان ماله كله للموصي له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الاخ المقر له تركه المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة اقراره بالنسب بل باعتبار أن ذلك صار بمنزلة الموصى بجميع المال وباعتبار أن اقراره بحجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر في حال حياته الى هذا كله أشار في الذخيرة وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي قال المصنف (ولا بد من تصديق هؤلاء) أي لا بد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يبر عن نفسه

لان الحق له أو تشهد القابلية بالولادة اذا القرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقدم في الطلاق (قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج وأما اذا لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها به ولها لان فيه الزام على نفسها دون غيرها (ولا بد من تصديق هؤلاء) والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدنه وأن لا تكون أختها تحت المقر ولا أربع سواها



ويصح التصديق في النسب بعدموت المقر لانه مما يتيق بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجة بعدموت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعدموت وهي من آثار النكاح ألا ترى أنها (١٧) تغسله بعد الموت لقيام النكاح

وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من أحكام النكاح وهو مما يتيق بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال أبو حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ايصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع بخلاف أن يعتبر النكاح المعين قائما باعتبارهما فكذا المقر به وأما الارث فليس بلازمه لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتبارها

(قوله معناه أن التصديق الخ) أقول فيه بحث (قوله ولقائل أن يعارض) أقول هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف

ويصح التصديق في النسب بعدموت المقر لان النسب يتيق بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا تصديق الزوج بعدموتها لان الارث من أحكامه وعند أبي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار

أو عبده فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد العيرة يشترط تصديق مولاه كذا في التبيين (ويصح التصديق في النسب بعدموت المقر) يعني أن المقر له بالنسب اذا صدق في حال حياة المقر يصح فكذا اذا صدق بعدموته (لان النسب يتيق بعد الموت) فيصح تصديق المقر له بالنسب بعدموت المقر حتى يثبت به أحكام النسب بأسرها قال ناج الشريعة ولا يشك في هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل أما لايجاب غمة فليس بتمام لان القبول ركن انتهى (وكذا تصديق الزوجة) أي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الاقرار بالزوجة بعدموت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث (لان حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعدموت فان العدة واجبة بعدموت وهي من آثار النكاح ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه (وكذا تصديق الزوج بعدموتها) أي وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعدموتها في الاقرار بالزوجة فعليه مهرها وله الميراث منها (لان الارث من أحكامه) أي من أحكام النكاح وهو مما يتيق بعد الموت كالعدة وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (وعند أبي حنيفة لا يصح) تصديق الزوج بعدموتها (لان النكاح انقطع بالموت) حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعها (ولهذا لا يحل له غسلها) بعدموتها (عندنا) ولا عدة عليه ليصح باعتبارها كما في العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الارث) هذا جواب سؤال مقدر يدعي قول أبي حنيفة تقريره سلمنا أن تصديق الزوج اياها بعدموتها لا يصح نظرنا الى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعدموتها باتفاق أصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقها اياها بعدموتها نظرنا الى الارث الذي هو من حق آثار النكاح أيضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث (لانه) أي لان الارث (معدوم حالة الاقرار) أي حالة اقرار الزوجة بالنكاح (وانما يثبت) أي الارث (بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار) قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث انتهى (أقول) لا يخفى على الفطن أن معنى كلام المصنف ههنا أن التصديق يستند الى أول الاقرار بالنكاح والارث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم وقتئذ وأما المعنى الذي ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف أصلا ليس بسديد ههنا أما أولا فلانه لم يقل أحد بأن التصديق يثبت بنفس الارث حتى يتم أن يقال في الجواب عنه لا يمكن أن يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث به بل قبل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذي هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق وأما ثانياً فلان ذلك ينقض بما اذا كان التصديق قبل موته فإنه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع أنه يجري أن يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح وأما ثالثاً فلانه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت ضائعا مستدركا لجريان ذلك المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال صاحب العناية ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار

(٣ - تكمله سابع) فانه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله أراد به مثل حرمة الزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لا يمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلزمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والم لا يقبل اقراره في النسب) لان فيه حمل النسب على الغير

وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعين قائما باعتبارها فكذا المقر به وأما الارث فلا يسبب لازم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتبارها انتهى كلامه (أقول) جوابه ليس تمام لان العدة أيضا - بل لازمة للموت عن نكاح عند أي حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مان عنها زوجها الذي أو تكون حريرة خربت البنت المسلمة أو ذمية أو مسلمة ثم أسلمت أو صارت ذمية فانه لا عدة عليها في هذه الصور عند أي حنيفة رحمه الله اذ لم تكن حاملا كما تقر في محله والمعارضة المذكورة انما ترد على قول أبي حنيفة فالجواب المزبور لا يدفعها على أصله ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية في هذا المقام الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند الى حالة الاقرار وفي تلك الحالة لا يجب الارث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت فتصحنا الاقرار صححننا لاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شيء وهو في الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح وأشير الى هذا في النهاية فلا ترد المعارضة أصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا في نكاح معدوم من كل وجه الى ههنا كلامه (أقول) نعم اشير الى ذلك المعنى في النهاية وغيرها ولكن قوله فلا ترد المعارضة أصلا ممنوع قوله لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالطلاق فلم يكن ذلك لا يجدي نفعا اذ الكلام في المعتدة بالموت وان أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالموت أيضا ممنوع بل وجوبها في المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيرها وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فانه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فله أن أراد به مثل حرمة الزوج بزواج آخر وحل غسله فانه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لا يمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلزمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا إشكال انتهى كلامه (أقول) ما ذكره من مثل حرمة الزوج بزواج آخر وحل غسله ليس بحكم منسقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فاذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لان سقوط الاصل عن حيز الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضا فلا إشكال باق فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مثلتنا كذلك قلنا الكسب يقع ملكا من الابتداء لملك الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فأما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلاف عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليه بالنكاح بفوت عوته فيبقى تصديقها بعد ذلك دعوى ارث مبتدأ كذا في الاسرار والايضاح وغيرهما (قال) أي القدر الذي في مختصره (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد) الصلبي (نحو الاخ والم) ونحو الجد وابن الابن كما صرح بهما أيضا في الكافي (لا يقبل اقراره في النسب) وان صدقه المقر له بل لا بد فيه من البينة كما ذكر في التحفة وغيرها (لان فيه) أي في هذا الاقرار (حمل النسب على الغير) فان في الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذا المقر له بالاخوة ما لم يكن ابن أبي المقر لا يكون أخاه وفي الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذا المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عمه وفي الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذا المقر له لا يكون ابن ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر وفي الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذا المقر له لا يكون جد المقر ما لم يثبت

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين الخ) ومن أقر بأخ أو عم لم يقبل في النسب لان فيه حمله على الغير

(فان كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له) لانه لما لم يثبت نسبته منه لا يراحم الوارث المعروف (وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه) لانه ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبته منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للوصي له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلة حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر ورأته ثم أوصى بماله كله لانسان كان ماله للوصي له ولو لم يوص للاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل اقراره قال (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشاركه في الارث)

أبوه من أبيه (فان كان له) أي للمقر بنحو ما ذكر (وارث معروف قريب) كأصحاب الفروض والعصبان (أو بعيد) كذوي الارحام (فهو) أي الوارث المعروف (أولى بالميراث من المقر له) حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالارث للعمة والخالة (لانه لما لم يثبت نسبته) أي نسب المقر له (منه) أي من المقر (لا يراحم الوارث المعروف) قال في النهاية قوله فان كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل اقراره في النسب وقع في محزه لان هذا نتيجة ذلك فصوره ذلك أن الر جتل اذا أقر في مرضه بأخ له من أبيه وأمه أو بابين له ثم مات وله عمة أو خالة أو مولى مولاة فالميراث للعمة والخالة أو المولى ولا شيء للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف انتهى (وان لم يكن له) أي للمقر (وارث) معروف (استحق المقر له ميراثه) لانه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في الاول مقر على غيره واققراره على غيره غير معتبر اذ لا ولاية له على غيره وفي الثاني مقر على نفسه واققراره على نفسه معتبر (لانه ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه) أي بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه باقراره باستحقاقه ذلك به (فاستحق) المقر له (جميع المال وان لم يثبت نسبته) من المقر (لما فيه) أي في الاقرار المزبور (من حمل النسب على الغير وليست هذه) أي هذه الصورة أو القضية بعني الاقرار المذكور (وصية حقيقة) أوضح ذلك بقوله (حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للوصي له ثلث جميع المال ولو كان الاول) يعني الاقرار بالأخ (وصية لاشتركا) أي الاخ والموصي له بجميع ماله (نصفين لكنه) استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة أي لكن الاقرار المذكور (بمنزله) أي بمنزلة الوصية بتأويل الايضاح ولعمري أن المصنف يفرط في الماهية في أمر التذكير والتأنيث في كتابه هذا كما ترى ومن ذلك أنه أشار فيما مر آنفا إلى الاقرار بالنقطة هذه وأرجع ههنا إلى الوصية ضمير المذكر (حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر ورأته ثم أوصى بماله كله لانسان) ومات ولا وارث له (كان ماله) جميعا (للموصي له ولو لم يوص للاحد كان) ماله (لبيت المال لان رجوعه) أي رجوع المقر المزبور (صحيح) يعني أن انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية (لان النسب لم يثبت فبطل اقراره) وينبغي لنا أن نعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تمجيلا على الغير وليس له ذلك وأما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقص بعد ثبوته (قال) أي القدوري في مختصره (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حمل النسب على الغير (ويشاركه في الارث) أي يشارك المقر له بالاخ والمقر في الارث من أبيه وبه قال مالك وأحدوا كثر أهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه في الارث لعدم ثبوت النسب

وأما في الارث فاما أن يكون له وارث معروف قريبا كان كذوي الفروض والعصبان مطلقا أو بعيدا كذوي الارحام أولا يكون فان كان فهو أولى بالميراث من المقر له هذا لان لم يثبت نسبته لم يراحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والاول اقراره على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو أوصى بجميعه استحققه الموصي له وصية كلامه لا يحتاج الى بيان (قوله ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبته) مبني على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح (فيشاركه في الارث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبته وهو المشهور عن أبي حنيفة وان كان المقر أحد ابنتين لم يثبت النسب أيضا والمقر له يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل



لان اقراره تضمن شيئين جل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشراك في المال وله فيه ولاية فيثبت  
كالمشتري اذا اقر على البائع بالعنق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق  
العنق قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقرا أحدهما أن أباه قبض منها خمسين  
لاشيء للمقر وللاخر خمسون)

( لان اقراره تضمن شيئين  
جل النسب على الغير  
والاشراك في ماله ولا ولاية  
في الاول فلم يثبت له ذلك  
في الثاني فيثبت ) قال أبو  
حنيفة اذا اقر أحد الابنين  
بأخ ثالث وكذبه أخوه  
المعروف فيه أعطاه المقر  
نصف ما في يده وقال ابن أبي  
ليلى يعطيه ثلث ما في يده  
لان المقر اقره بثلث شائع  
في النصفين فنفذ في حصته  
وبطل في حصه الآخر  
ولابى حنيفة ان زعم المقر  
أنه يساويه في الاستحقاق  
والمنكر ظالم فيجعل ما في يد  
المنكر كالهالك ويكون  
الباقى بينهما بالسوية قال  
(ومن مات وترك ابنين الخ)  
ومن مات وترك ابنين وله  
على آخر مائة درهم فاقر  
أحدهما أن أباه قبض منها  
خمسين لاشيء للمقر وللاخر  
خمسون بناء على ما ذكرنا من  
الاقرار على نفسه وعلى غيره  
وهو الاخ والميت فيصح  
على نفسه ولا يصح عليهما  
ثم يحلف الاخ بالله ما يعلم  
ان أباه قبض منه المائة  
ويقبض الخمسين من الغريم

وحكى ذلك عن ابن سيرين قال المصنف في تعليل المشاركة ( لان اقراره تضمن شيئين ) أحدهما  
( جل النسب على الغير ولا ولاية له ) أي للمقر ( عليه ) أي على الغير فلا يثبت ( و ) الثاني ( الاشراك  
في المال وله فيه ولاية ) لانه اقراره على نفسه وله ولاية على نفسه ( فيثبت ) ومثل هذا ليس بممتنع  
( كالمشتري اذا اقر على البائع بالعنق ) أي بعنق ما اشتراه من ذلك البائع ( لم يقبل اقراره ) في حق  
الرجوع بالثمن على البائع ( حتى لا يرجع عليه بالثمن ) لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن  
( ولكنه يقبل ) اقراره ( في حق العنق ) حتى يعنق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق  
ذلك واعلم أنه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك  
وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص  
مات أبوه أخ معه - روف فافر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر له ما في يده عندنا  
وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد اقره بثلث شائع في النصفين فينفذ اقراره في حصته وبطل ما كان  
في حصه أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه  
فيبطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل  
ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو اقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما  
تأخذ خمسة ولو اقر ابن وبنت بأخ وكذبه - ما ابن آخر معرف فيقسم نصيب المقر بين عندنا وأخماسا  
وعندهما أر باعوا والتخر يج ظاهر ولو اقر بامرأة أنها زوجه أخذهت ثمن ما في يده ولو اقر بجدة  
صحبة أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يامل لو ثبت ما اقر به ولو اقر أحد الابنين المعروفين  
بامرأة أنها زوجه أبيهما وكذبه الآخر أخذت ثمن ما في يده عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى لهما ثمن  
ما في يده لان في زعم المقر أن للمرأة ثمن ما في يدي الابنين إلا أن اقراره صح فيما سدد نفسه ولا يصح في حق  
صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيهما ثمن ما في يده ونحن نقول ان في زعم المقر أن التركة بينهما على ستة  
عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمه - ما صار ذلك  
كالهالك فيقسم النصف الذي في يده المقر بينهما وبينه ما على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة  
على تسعة أسهم فتضرب في بقدر حقهما وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم  
كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار وارث واحد  
وانما يثبت باقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة وقال أبو يوسف والحسن والشافعي كل من يحوز  
الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول أصح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهدي  
في شرح مختصر القدوري نقلا عن شرح الاقطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الاقرار بخو  
الاخوة اقرار على غيره لما فيه من جل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف  
ما اذا كان اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة ( قال ) أي محمد  
رحمه الله في الجامع الصغير ( ومن مات وترك ابنا وله ) أي وليت ( على آخر مائة درهم فافر  
أحدهما ) أي أحد الابنين ( أن أباه قبض منها ) أي من المائة ( خمسين ) درهما ( لاشيء للمقر ) أي لاشيء  
من المائة لابن المقر ( وللاخر ) أي وللابن الآخر ( خمسون ) منها يعني كان لابن الآخر

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما امر ان الدينون تقضى بأمثالها واقرار الوارث بالدين على الميت بوجوب القضاء عليه من حصة خاصة فان كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه (٣١)

كأهو المذهب عندنا خلافا لابن أبي ليلى كاذ كرنا أنفا وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كافي زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادق على كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجع لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجاب بقوله غاية الامر ان ما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبر زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك لا يؤول رجع المقر على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم لزعمه ان أباه لم يقبض شيئا من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضا رجع المقر بقد ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه ديناً على الميت بوجوب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدي الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العنابة السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كافي زعم

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كأهو المذهب عندنا غاية الامر انهم ما تصادقوا على كون المقبوض مشتركاً بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة (لان هذا) أي لان اقرار أحد الابنين بما ذكر (اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء) أي استيفاء الدين (انما يكون بقبض مضمون) لما امر أن الدينون تقضى بأمثالها فيجب للدينون على صاحب الدين مثل مال صاحب الدين عليه فيلتحقان قصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت بوجوب القضاء عليه من حصته خاصة (فاذا كذبه) أي كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كأهو المذهب عندنا) احترازاً عن قول ابن أبي ليلى فان هلاك الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين كذا في أكثر الشروح وقال في الكفاية خلافاً للشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الدراية وأما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول وأحد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن واسحق وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى قال صاحب العنابة وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى (أقول) الجواب المزبور ليس بشاف لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لاني حق الغير فيكون في المحذور لزوم ذلك على زعم الاخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل أحد فالأظهر عندى في الجواب أن بقا قسمة الدين قبل القبض انما لا يجوز في القسمة الحقيقية وأما في القسمة الحكمية كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع وبثبوته ما صرح به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصد الاضمان تأمل قال المصنف (غاية الامر انما) أي الابنين (تصادقوا على كون المقبوض مشتركاً بينهما) أي على كون الخمسين بين البنتين على الغريم الذي يقضيه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع الدين كان مشتركاً بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركاً بينهما فإدراك ذلك مشتركاً كما هو ببقى مشتركاً بينهما فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شئ من أجزائه والابن المقر وان زعم أن بعض أجزائه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فيتبغى أن يكون ذلك بينهما منصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فأجاب بأنهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما (لكن المقر) يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة إذ (لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزعمه أن أباه لم يقبض شيئاً من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضاً رجع المقر بقد ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه ديناً على الميت بوجوب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدي الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العنابة السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كافي زعم

وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع تمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور

(قوله على ما مر) أقول في آخر باب الاستثناء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول أي نصيب المقر

ولقائل أن يقول إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لأن المظلوم لا ينظم غيره والجواب أن المظلوم لا ينظم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه والله أعلم

### كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار (٢٢) فلا نعيدده وهو اسم للمصالحة خلاف الخصامة وفي اصطلاح الفقهاء

### كتاب الصلح

المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادق على كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجع لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أوجب بقوله غايه الامران ما تصادق على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى (أقول) كل واحد من تقريري السؤال والجواب على الوجه الذي ذكره محتمل أما تقريري السؤال فلان حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا أساس له بكلام المصنف ههنا لانه قال غايه الامران ما تصادق على كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شك ان التصديق بتأني التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على ذلك والعجب ان صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضا في أثناء تقريري السؤال وفرغ على تعارض زعميهما حيث قال فتصادق على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم طلب المرجح بقوله فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر ولا يخفى أن في نفس هذا التقرير تعارض وتناقض وأما تقريري الجواب فلان المفهوم من قوله يعني أن المرجح هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور هو أن لزوم الدور وانما يكون باعتبار زعم المنكر دون المقر وليس كذلك بل لزوم الدور وانما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر لأن رجوع الغريم على المقر بالأثر خروجهما هو على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين وانما بقي عليه الخمسون المقبوض وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيئا فلا يرجع الغريم على المقر بشئ بل يلزمه أن يعطى المقر أيضا من مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور وتدبر تفق ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لأن المظلوم لا ينظم غيره والجواب أن المظلوم لا ينظم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه انتهى (أقول) في الجواب نظر لان الخمسين الذي قبضه المنكر من الغريم أولا ان كان بتمامه حق المنكر لم يكن هو في رجوعه على الغريم بعد ذلك طالبا لتمام حقه اذ ليس حقه في المائة براءتة على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه وان لم يكن المقبوض أولا بتمامه حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوما وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى فالحق في الجواب أن يقال لان سلم انه اذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان في زعمه انه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم كيف وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم أولا مشتركا بينهما كما تقررنه يجوز أن يكون من زعم المنكر ذلك ان أخاه ظالم لنفسه حيث أبطل حقه في المائة بإقراره بأن أباه قبض منه الخمسين

### كتاب الصلح

قدم مناسبة الصلح بالإقرار في أول كتاب الإقرار والصلح في اللغة اسم للمصالحة التي هي المسالمة خلاف

الخصامة

وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما سنذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة

(قوله ولقائل أن يقول الى قوله في إقراره ظالم) أقول فيه شئ فافهم الما تصادق على كون المقبوض مشتركا لم يكن لزعمه أن أخاه فيما يقبضه منه ظالم مجال ظاهرا (قوله لان المظلوم لا ينظم غيره) أقول الغريم لم يوف تمام ما عليه عنده فلا يكون مظلوما اذ ارجع عليه في زعمه وهذا هو مراد الشارح

### كتاب الصلح

عقد وضع لرفع المناصفة وسببه تعلق البقاء المقدر لتعاطيه وقد بيناه في التفسير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتراض وسببها تفصيل له وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعي عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره فقال ذلك الغريم لا يتم البيع ما لم يقبل الطالب قبلت وحكمه تلك المدعي المصالح عليه منكر كان الخصم أو مقرا أو فوعه للمدعي عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التملك والبراعة في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فكيفه وفوع البراعة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التملك أولا وأنواعه بحسب أحوال المدعي عليه ما هو المذكور في الكتاب

وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما سنذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة



الخاصة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فعناءه دال على حسنه الذاتي وفي الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كافي سائر المعاملات وركنه الإيجاب والقبول كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح قال صاحب العناية أخذ من النهاية وركنه الإيجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعي عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعث لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى (أقول) فيه بحث أما أولا فإنه سيأتي في الكتاب أن الصلح إذا وقع عن إقرار فان كان عن مال عمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات وإن كان عن مال بمنافع اعتبر بالاجارات وإذا وقع عن سكوت أو إنكار كان في حق المدعي عليه لاقتداء باليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فإذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو إنكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعي قبلت لأن كونه إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما إذا وقع عن سكوت أو إنكار إنما هو في حق المدعي وأما في حق المدعي عليه فأنما هو لاقتداء باليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله أيضا حتى يتحقق الاقتداء وتقطع الخصومة وأما ثانياً فإنه إذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلاً فصالح على قطعة منها والحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحاً على ما سيجي في الكتاب فينبغي أن يتم هناك أيضاً بقول المدعي قبلت بدور قبول المدعي عليه لكونه إسقاطاً للدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم إطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما ثالثاً فإن قوله لأنه طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الأول قاصر عن إفادة كلية المدعي وهو ركنية الإيجاب والقبول معاً فيما يتعين بالتعيين مطلقاً فإن طلب البيع من غيره لا يتشوق في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة للصالح بل إنما يشق في صورة واحدة منها وهي ما إذا كان الصلح عن إقرار وكان المالا بمال فتأمل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض ولا أنواعه شروط أخرى سيأتي تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي كذا في الكافي وبعض الشروح قال في العناية أخذ من النهاية وحكمه غلظ المدعي المصالح عليه منكر كان الخصم أم مقرا أو وقوعه للدعي عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التملك والبراءة له في غيره إن كان مقرا وإن كان منكراً فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي أحتمل المصالح عنه التملك أولاً انتهى (أقول) فيه كلام وهو أن المصالح عليه أيضاً قد يكون مما لا يحتمل التملك كترك الدعوى فانهم صرحوا بأنه إذا ادعى حقاً في دار رجل وادعى المدعي عليه حقاً في أرض بيد المدعي فاصطالحا على ترك الدعوى فإنه جائز بفعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين غلظ المدعي عليه إياه وبراءته عن دعوى المدعي وفي جانب المصالح عليه قسمين أحدهما هو غلظ المدعي إياه مع جريان احتمال التملك وعدم احتماله في الجانبين مما لا يخفى عن تحكيم فان نوقش في المثال المذكور بأن كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبني على السامحة وإنما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما إذا عاها كل واحد منهما من الحق فيما يبدل الآخر فإنه يقع مصالحا عنه بالنظر إلى الذي اليد ومصالحا عليه بالنظر إلى الآخر وهو مما لا يحتمل التملك قطعاً قلنا فإذا يقال فيما إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصاً فاصطالحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين إذ لا شك أنه كان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التملك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصور

( قال الصلح على ثلاثة أضرب ) المحصر على هذه الأنواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا وكل ذلك جائز ( لقوله تعالى والصلح خير ) فانه باطلا فقه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبأنه ذكر الله ليل أي لا جناح عليهما أن يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى أن يصالحا ( ٣٤ ) في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه

بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذرا لان الصلح بعد البين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بأن ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه ( ولقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا )

قال ( الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز ) لا طلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

فذلك المدعى المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر بقي ههنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل دارا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار فانه جائز كما سيأتي في الشروح وأصل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاستدشفي مع أنه عاكس ههنا المدعى المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين طردا وعكسا فتأمل ( قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ ) قال صاحب العناية المحصر على هذه الأنواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا انتهى ( أقول ) يرد على ظاهر جوابه انه انما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والاثبات ولا يفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا فنخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسميه معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله المحصر على هذه الأنواع ضروري ويمكن أن يقال المراد بالسكوت في قوله اما أن يسكت أو يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم مجيبا لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم أصلا فتدخل الصورة المزبورة في القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله اما أن يسكت فيصح قوله المحصر على هذه الأنواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا يكره لا يخلو عن اعياء الى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو أن لا يتكلم أصلا ( قوله وكل ذلك جائز لا طلاق الخ ) نساه المصنف ههنا في التعبير حيث قال لا طلاق قوله تعالى والصلح خير مع أنه لا يذهب عليه أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا طلاق قوله إلا أنهم هم كثيرا ما يتساهلون في العبارة في أمثال ههنا بناء على ظهور المراد وتنبيه على فائدة تنبيه ههنا تلك العبارة كما في تعريفهم العلم بحصول صورة الشئ في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الخاصة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف لا طلاق قوله تعالى أي لقوله المطلق فالإضافة من قبيل إضافة الصفة الى الموصوف انتهى ( أقول ) ليس هذا بسديد أما أولا فلان إضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كإضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو حتى أنهم أولوا

( قوله لانه سقط بقولنا مجيبا ) أقول فيه بحث اذ لا يكون المحصر حينئذ ضروريا قال المصنف ( لا طلاق قوله تعالى والصلح خير ) أقول أي لقوله المطلق فالإضافة من قبيل إضافة الصفة الى الموصوف ونعم الآية وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو أعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير ( قوله أجيب

بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ) أقول أنت خير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستندا بأن اللام مثل العهد فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليستأمل ( قوله وبأنه ذكر الله ليل ) أقول فيه بحث لانه لو كان تعليلا لأبدل القام بالواو ( قوله وقوله والصلح خير كان في الحال ) أقول ان أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن في الحال فسلم ولا يفيد لجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالي وان أراد ان الحكم على الصلح الكائن في الحال يعني حقيقة الصلح وجنسه كما في قولهم الرجل خير من المرأة فالخصم أن يمنع ( قوله فانكرت لا يجوز ) أقول بل يجوز كما سيجي عن قريب

مثل جرد فطيفة وأخلاق ثياب بما يخرج به عن أن يكون من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف فمما معنى  
 حل كلام المصنف ههنا على ذلك وأما ثانياً فلأن الصفة في لقوله المطلق هو المطلق لا الإطلاق والكلام  
 في توجيه إطلاق قوله فلا يجدي حديث إضافة الصفة إلى الموصوف شيأ بل لابد من المصير إلى المسامحة  
 كما ذكرنا وقال صاحب العناية فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح  
 عليهم ما أن يصلحوا بينهم ما صلحوا واصلح خير فكان للعهد أحجب بأن الاعتبار هو اللفظ لا المدعى  
 السبب وبأنه ذكر للتعليل أي لا جناح عليهم أن يصلحوا لأن الصلح خير فكان عاماً ولا يوقع قوله تعالى أن  
 يصلحوا في سياق الشرط فكان مستقبلاً وقوله تعالى واصلح خير كان في المال فلم يكن إياه بل جنسه انتهى  
 (أقول) إن الجواب الأول والثالث من هذه الأجوبة الثلاثة ليسا بتمامين أما الأول فلأن كون الاعتبار  
 لعموم اللفظ لا بخصوص السبب لا يجدي شيئاً في دفع السؤال المذكور لأن حاصله منع عموم اللفظ بحمل  
 اللام في قوله تعالى واصلح خير على العهد فإنه حينئذ يصير خاصاً وانما يجدي نفعاً لو سلم عموم اللفظ في نفسه  
 وأريد تخصيصه بخصوص السبب وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله واصلح خير كان في الحال أن التكلم  
 بهذا الكلام والأخبار بهذا الخبر كان في الحال أي في حال ورود الآية بالسكر عمة فلم يكن هذا إلا في  
 أن يكون تحقق مدلوله في الاستقبال ألا يرى أنك إذا قلت الأمر الذي يحدث غداً خير فلا شك أن تكلمك  
 بهذا الكلام وأخبارك به كائن في الحال وأما تحقق ذلك الأمر وانصافه بالخبر فيكون في المستقبل فلم  
 يتم قوله فلم يكن إياه بل جنسه وإن أراد بذلك أن الصلح الذي أخبر بأنه خير كان في الحال فهو ممنوع فالجواب  
 من بين تلك الأجوبة هو الجواب الثاني وهو المسمى كور في الكافي وفي سائر الشروح أخذ من الأسرار  
 ووجه كون الصلح عاماً في قوله تعالى واصلح خير على تقدير أنه ذكر للتعليل هو أن العلة لا تنقيد بحمل الحكم  
 الذي دل فيه بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها كذا قالوا وهو الأقرب للمناسب لقواعد الأصول وأما  
 النقر بالمطابق اقواء المعقول فلأنه يكون حينئذ خارجاً عن مجرى الكبرى من الشكل الأول كأنه  
 قيل فإن هذا صلح واصلح خير وكية الكبرى شرط لانتاج الشكل الأول على ما عرف في الميزان واعتراض  
 بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضاً حيث قال فيه بحث لأنه لو كان تعميلاً لا بدل القاعبالوا وانتهى  
 (أقول) ليس هذا بشئ لأن ذلك الإبدال انما يلزم لو كان تعميلاً من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل  
 من حيث المعنى وعن هذا قالوا إن الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال صالحوه لأن  
 الصلح خير وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلاة خير على أن قوله تعالى  
 واصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا إليه فيما مر وأداة التعليل كاللام والفاء  
 إذا ذكرت انما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الإبدال ههنا أصلاً تدبر ثم  
 قال صاحب العناية فإن قيل سلمناه بمعنى الإطلاق في قوله تعالى واصلح خير ولكنه صرحه إلى الكل متعذر  
 لأن الصلح بعد الامين وصلح المودع وصلح من ادعى فذاعلى آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت  
 لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن اقرار أحجب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لما منع  
 لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى (أقول) يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت  
 لا يجوز أنه خبط أذهو مخالف لصرح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سبأ وهو أنه  
 إذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جازف كأنه في معنى  
 الخلع ثم أقول توجيهه إن عدم الجواز رواية في هذه المسئلة وإن كان ظاهر الرواية بخلافها والوال  
 المزبور عما أوردته الشافعية فهم أخذوا في هذه المسئلة وأخواتها بما هو الملائم لغرضهم والحنفية أجابوا  
 عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لما منع



وقال الشافعي (لا يجوز مع انكار أو سكوت) لأنه صلح أحل حراماً أو حرم حلالاً وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي (ولأن المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهي حرام (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى والصلح خير (وأول ما رويناه) من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين (٣٦) (وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالحجر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن

لا يبطأ الضرر) أو أن لا ينسرى والمحل على ذلك واجب إثلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو جعل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فيأزاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالاً للمدعى قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد بهما كان حلالاً أو حراماً لعينه

(قوله ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير وأول ما رويناه) أقول وهو هنا تكرار وكان الاولى أن لا يذكر ذلك المبدأين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك قال المصنف (وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالحجر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح الخ) أقول وحله على هذا أحق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه كذا في الكافي ثم قال وما ذكره غير محتمل إذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فالصلح يقع على بعض الحق في العادة فيأزاد على

وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما رويناه وهذا به هذه الصفة لأن البطل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخر فذهب في ذلك إلى المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذه رشوة ولنا ما تلونا وأول ما رويناه وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالحجر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرر لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالثاني ولم يتعرض للانع وأما صاحب غاية البيان فتعرض له - ما مع احتجى قال في الجواب ههنا على أن ننع - عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها إذا أنكرته فصالح على مال لأنه يجوز وبه صرح الفدوري في مختصره وسيجي ذلك في فصل عقيب هذا انتهى وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره الفدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسألة الصلح على الانكار بقولهم إذا ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت فصالح على مال لا يجوز ولتنصحت تلك المسئلة كما أوردوها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى (قوله وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما رويناه الخ) قلت كان الاظهر ان يقال لا آخر ما رويناه لأن أوله حجة عليه لاله (قوله ولنا ما تلونا وأول ما رويناه الخ) كرر ذكرهما تارة كيداً وتوطئة لقوله وتأويل آخره الخ والاكفى ههنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لأنه يصدر الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانهم ما (أقول) بقي ههنا اشكال في قوله وأول ما رويناه وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دليلاً لتسامع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لأن آخره مستثنى من أوله وقد تقرر في علم أصول الفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الأئمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لاول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحل حراماً لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ما رويناه فاصل الكلام أن لنا أول ما رويناه مع تأويل آخره فالدليل مجموع الحديث على هذه التأويل ولكن الانصاف أن لفظة أول ههنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام ويضر بالمقام كأنهم ناعليه فالاولى أن تطرح من البيان (قوله وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالحجر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرر) وحله على هذا أحق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل إذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فالصلح يقع على بعض الحق في العادة فيأزاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالاً للمدعى أخذ به قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا أن المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه انتهى (أقول) في تقريره خلل إذ لا معنى لقوله لأنه لو جعل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الكلام في حل آخر الحديث

على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالاً للمدعى أخذ به قبل الصلح وحرم بالصلح أو كان حراماً على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى (قوله لأنه لو جعل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول يعني لكان كالصلح على غير الاقرار في البطلان على زعم الخصم (قوله لأن الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق) أقول هذا يختص بالدين اظهروه عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به إذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجي

(ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة) فكان كالصلح مع الاقرار (فيقضى بجوازه) لوجود المقتضى وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة الاخذ وليس شئ منهما موجودا أما الثاني (فلا ان المدعى يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع وأما الاول فلا ان المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا أيضا ( ٢٧ ) مشروع اذا المال وقاية الانفس ودفع

الظلم عن نفسه بالرشوة (أمري جائز) لا يقال لان السلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشى وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالى أحد الورثة عن الارث وأما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز لا بدافع وغنامه في أحكام القصر أن الراشى فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر ألف درهم وهو منكر ونصالحا على دفاتر مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغى أن يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للعاوضة ومع هذا لا يجوز أجيب بأن عدم الجواز بناء على زعم المدعى اذ في زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس قال (فان وقع الصلح عن اقرار الخ) اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة

ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا اذا المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز قال (فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما

على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حله على الصلح على الاقرار خاصة اذا فرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لعينه والحلال لعينه لغرضه أيضا فدار التأويل والحمل في آخر الحديث انما هو لفظ الحرام والحلال وأطلاقه دون لفظ الصلح فالحق في التقرير أن يقال لانه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينه ما واغبر عيتم مالكان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على احلال الحرام وتحريم الحلال ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بأن قال هـ هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذا لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجى وانتهى (أقول) هـ هذا كلام خال عن التحصيل اذا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقي على أنه ليس كذلك أيضا ان الجواز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو أن يزيد درهم في بدل الصلح وسبأني كلا الطريقين في الكتاب وعلى كليم ما يجرى قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين أيضا (قوله ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هـ هذا دليل عقلي على ما ذهب اليه اثنتان من جواز الصلح مع انكار أو سكوت أيضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال النمرائح لا يقال لان السلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشى عام لانه يقول هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالى أحد الورثة عن الارث وأما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز لا بدافع وانتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان الاعتبار هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكره مجرى على عموم هـ انتهى (أقول) الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تبیح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شك ان في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (قوله فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال الخ) هذا لفظ القدوري في مختصره ولما كان الاصل ان الصلح يجب حله على أقرب العقود اليه كما صرحوا به أراد أن يبين ضابطه يعرف بها انه على أى عقد يحمل (أقول) ليست هذه الضابطه بنامة لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال أو عن نفسه كما اذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة

المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين

(قوله لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق الخ) أقول فيه هـ أن الاعتبار هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكره غير مجرى على عموم

فجبري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويقسده جهالة المصالح عليه لانها تنقضي الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه اما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما أن يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل أن يدعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعى واصطالحا على ترك الدعوى جاز وان احتج اليه وقد اصطالحا على أن يدفع أحدهما مالا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يترك له ما ادعاه لم يجز واما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتج فيه الى التسليم كالمودعي حقا في داره ولم يدرجل ولم يسمه فاصطالحا على أن يعطيه المدعى مالا مودعا بالصلح المدعى عليه (٢٨)

(فتجبري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويقسده جهالة البديل) لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البديل (وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو عليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لانه اجارة (والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة) لما بينا (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما) وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك

عبد شهر أو على ركوب دابة شهر فان كل ذلك جائز على ما صرح حوايه في أول الفصل الا في مع انه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقد الاجارة وكذا يتبع عماليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جنابة العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا أيضا كما سبأني في الكتاب مع انه ليس بمذكور أيضا في هاتيك الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الاعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع وليس شيء منهما يداخل أيضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلا لاف كانت قاصرة عن افادة تمام المراد لا يقال يستغنى عن ذلك الصور ههنا كما ذكر في الفصل الا في عن قريب لانا نقول قد ذكرنا لك ما ذكره ههنا أيضا بأن قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر ثم ان كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعى وأما فيما اذا وقع على جنسه فان كان بأقل من المدعى فهو حط وبراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربا صرح به في التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به الى ما ذكره بقوله لان المدعى يأخذه عوضا عن حقه في زعمه (أقول) ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع المدعى الى المدعى عليه شيئا بطريق الصلح وأخذ العيين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرح حوايه مع انه في حق

الى المدعى ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطالحا في هذه الصورة على أن يترك المدعى دعواه جاز واما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج فيه الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المنسقة فلا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البديل شرط لكونه في معنى البيع (وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو عليك المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقاتها بعقد الاجارة يجوز استحقاتها بعقد الصلح فاذا صلح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال أبدا أو حتى يموت لا يجوز

فان الاعتبار في العقود للعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة (فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة) كالاجارة (واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة لما بينا) ان المدعى يأخذه عوضا في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة) فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحبل في حق امرأته والتحريم المؤبد في حق أمها (وهذا) أي كونه لاقتداء اليمين أو قطع الخصومة (في الانكار ظاهر وأما في السكوت فلا نه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك) مع ان جهالة على الانكار أولى لان فيه دعوى تقر بغير الذمة وهو الاصل



قال (واذا صالح عن دار الخ) اذا صالح عن دار عن انكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها أي المدعي عليه ليستفي الدار على ملكه لانه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرء يأخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما اذا كان على دار) لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعي عليه يكذبه فصار كانه قال اشترى من المدعي وهو ينكر (واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه) على المدعي (محصنة المستحق من العوض) لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك وانكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعي عليه ورد العوض لان المدعي عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعي عليه فيسترده كما كفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض بما اذا ادعى دارا وانكر المدعي عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحققت فانه لا يرجع على المدعي عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع (٢٩) الخصومة وأجيب بأن المدعي عليه

مضطرب في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحققت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانقاء الخصومة فيرجع وأما المدعي فهو في خيرة في دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصته المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه أي في أصل الدعوى أما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعي عليه في كون البعض المستحق في يده وأما رد الحصنة

قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه اذا كان عن انكار أو سكوت لانه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال لدفع الخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعي عليه يكذبه قال (واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه بحصة ذلك من العوض) لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (وان وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض) لان المدعي عليه ما بذل العوض الا لدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله أو بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعي لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذا الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين

المدعي ليس بمعنى المعاوضة لان في زعم المدعي ان العين الذي ادعاه حقه ولا يتصور أن يعاوض انسان

فلما العوض في هذا القدر عن غرض المدعي عليه (ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه) لانه انما ترك الدعوى ليس له بدل الصلح ولم يسلم فيه رجع بمبدله كما في البيع (وان استحق بعضه رجع بحصته) اعتبارا للبعض بالكل (وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى) هذا اذا لم يجز لفظ البيع في الصلح أما اذا كان أجرى كما اذا ادعى دارا وانكر المدعي عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعثك هذا العبد بهذه الدار ثم استحققت هذه الدار فان المدعي يرجع على المدعي عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعي عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذا الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة (ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) الى المدعي (فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعي وان كان عن انكار رجع بالدعوى

(قوله لانه يأخذها الى قوله ويدفع المال) أقول قوله ويدفع معطوف على قوله يأخذها (قوله فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعي عليه) أقول يعني يبقى العوض في يد المدعي (قوله فلا يسترده) أقول أي بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحققت فان المدعي يرجع) أقول صوابه ثم استحق اذا ضمير المستتر فيه راجع الى العبد

قال (وان ادعى حقاني دارالخ) هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا تعيدها (ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها) كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه ودعوى على دعواه في الباقي (وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه) وأبرأ عن الباقي والبراءة عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء ودعوى كشيخ الاسلام أنه لا تسمع دعواه ودعوى صاحب النهاية أنه ظاهر الرواية وجهه أن البراءة لا في عينها ودعوى والبراءة عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعى به ذلك لم يصح ولم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت مع يوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها (٣٠) لكونه اجارة حتى يشترط كون المدة معلومة ولو اراد المدعى أن يدعى البقية لم يكن له

ذلك لو صول كل حقه اليه باعتبار بطله عيناً أو منفعة قال المصنف (والوجه فيه) أي المصلحة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها (أحد أمرين ان يزيد درهما في بدل الصلح ليعبر عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) مثل أن يقول برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصح لصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء بينته لم تقبل وفي ذلك لفظ البراءة دون البراءة إشارة إلى أنه لو قال أبرأتك عن دعواي أو خصومتني في هذه الدار كان باطلا وله أن يخصمه فيها بعد ذلك والفرق بينهما أن أبرأتك انما يكون ابراء من الخصم لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقوله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الوقعات في تعليل هذه المسئلة لان قوله أبرأتك عن خصومتني

قال (وان ادعى حقاني دار ولم يبينه فصول من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز أن يكون فيما بقي) بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعبر العوض عنه بذلك عن شيء يقابله فيه جمع بكلمة على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه أحد أمرين اما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

### (فصل في الصلح جائز عن دعوى الاموال) لانه في معنى البيع على ما مر

ملك نفسه بل هو في حق المدعى في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضا (قوله أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذه الجائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء بينته لا تقبل أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتني في هذه الدار فهذه الجائز وأما ما لا يخلو له أن يخصمه فيها بعد ذلك ولفظ بين قوله أبرأتك فان في قوله أبرأتك انما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبدا في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئا منه ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه وانما أبرأه من ضمانه كذا في الذخيرة الى ههنا كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلا نبيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للبشر وح وهو قول المصنف أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه بأحد الأمرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والصلح على ذلك بان كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا لبعضه الباقي كما في الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للبشر وح انما هو قوله برئت من دعواي في هذه الدار وأما ما ناسف لانه قوله فان في قوله أبرأتك انما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى انما يتمشى في قوله أبرأتك عن هذه الدار لاني قوله أبرأتك عن خصومتني لان البراءة من الخصومة هو البراءة من الدعوى وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومتني في هذه الدار باطل أيضا بخلاف ما قالوا في عبدي يدرج ل فان المذكور هناك في جانب البراءة انما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير تبصر

(فصل في ما فرغ من مقدمات الصلح وشرايطه وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز (قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليقه (لانه في معنى البيع على ما مر) أقول ههنا شئ وهو أن قول القدوري والصلح جائز عن دعوى الاموال

في هذه الدار خطاب للواحد فله أن يخصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه أضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون

هو بريئا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله أن يخصم فيها بعد ذلك معناه على غير الخطاب وهو ظاهر والله أعلم

(فصل في ما فرغ من مقدمات الصلح وشرايطه ومن ذكر أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قال (والصلح جائز عن دعوى الاموال) الاصل في هذا الفصل أن الصلح يجب حله على أقرب العدة وداليه وأشبهها به احتمالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال عمال كان في معنى البيع كما مر

(قوله ونقل بعض الشارحين عن الوقعات) أقول الناقل هو الاتقاني عن الوقعات الحاصية

(فصل في الصلح جائز قال المصنف (والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع) أقول يعني اذا لم يكن بالمنافع والافه ومعنى الاجارة

وإذا كان عن المنافع بمال كما إذا وصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الوارث عن شيء كان في معنى الاجارة لان المنافع تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح

قال المصنف (قال والمنافع لانها تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح) أقول قال العلامة الاتقاني قال شيخ الاسلام - علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبده آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهر افه هو جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تملك المنفعة من أحد يبدل وهذا الواجب من غيرهم لا يصح (٣١) الا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك اياهم

ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظ الصلح لفظ يحتمل التملك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تملكاً أمكن تصحيحه اسقاطاً فصالحه اسقاطاً وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط ولهذا جاز على خدمة عبده آخر فلو كان هذا تملكاً لكان باطلاً لان بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الص - غير لانه تصرف نافع في حقه فان مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحه عليه فهو جائز لانه عقد اسقاط وقدم بالموت لان حقه في منفعته مادام حياً وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له انتهى قال العلامة النسفي في الكافي والصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجده أو أقربه فصالحه

قال (والمنافع) لانها تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح

مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فان أجرى على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لانه في معنى البيع على ما مر اظهر أن الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع انه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصير من المقيد بالضرورة لا يقال انما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوماً فيما مر لاننا نقول ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فانه أيضاً كان معلوماً فيما مر (قوله والمنافع) بالجر عطف على الاموال وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدرى قال المصنف في تعليقه (لانها تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح) أقول لقائل أن يقول يشكك هذا التعليل بما ذكره شيخ الاسلام - علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي للحاكم الش - هدي في باب الصلح في الوصايا حيث قال وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبده آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهر افه هو جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تملك المنفعة من أحد يبدل وهذا الواجب من غيرهم لا يصح الا أنا نقول لان هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظ الصلح يحتمل التملك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تملكاً أمكن تصحيحه اسقاطاً فصالحه اسقاطاً وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط الى هذا كلامه فان الموصى له اذا لم يقدر على تملك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بأن المنافع تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح ثم أقول يمكن أن يقال ان الموصى له وان لم يقدر على تملك المنفعة الموصى بها حقيقة الا أنه يقدر على تملكها حكماً من حيث انه يقدر على اسقاطها ببدل وقد اشار اليه الامام الاسييجاني بقوله وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم فعني تعليل المصنف أن جنس المنافع تلك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا أجر ملكه فكذا تلك حكماً بالصالح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشيخين قال الامام النسفي في الكافي الصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجده أو أقربه فصالحه الوارث على شيء جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصالح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقر ما ذكره الامام الاسييجاني في شرح الكافي للحاكم الش - هدي على ما مر وأنت خير بما بين ما نقل من الاسييجاني والكافي

الوارث على شيء جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصالح انتهى وأنت خير بما بين ما نقل من الاسييجاني والكافي من المخالفة وامل في جواز الاجارة وايتين فليتامل ثم اعلم ان ظاهر ما ذكره الاتقاني من قوله الا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الخ مخالف لما ذكر في الهداية كما لا يخفى وفي مبسوط الامام شمس الائمة السرخسي ولو ان الوارث اشترى منه الخدمة ببعض ما ذكرنا لم يجز لان الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال بمال والموصى له بالخدمة لا يملك تملك الخدمة بعوض من غير الوارث بطريق البيع والاجارة فكذلك لا يملك تملكه من الوارث بخلاف لفظ الصلح الا يرى ان المدعى عليه بعد الانكار لو صالح المدعى على شيء لم يصربه مقر حتى اذا استحق عاد الى رأس الدعوى ولو اشترى منه المدعى صار مقره بالملك حتى لو استحق البدل رجع بالمدعى انتهى



واذا صلح عن جنابة العمد أو الخطاص أما الاول فلقوله تعالى فمن عني له من أخيه شيء ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك فمن أعطى له في سهولة من أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع أي فلولي القتل اتباع المصالح بي دل الصلح بالمعروف أي على مجاملة وحسن معاملة وإدائه أي وعلى المصالح إداة ذلك إلى ولي القتل بإحسان في الإداة وهذا ظاهر في الدلالة على جواز صلح عن جنابة القتل العمد وأما المعنى الآخر وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما فمن عني عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتل أولياء فعني بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أي فليتبع الذين لم يعفوا القتيل بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه وإدائه إليه بإحسان أي وليؤد القتيل إلى غير العافي حقه وأما غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس إنها نزلت في الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فإنه في معنى النكاح من حيث أن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث أن كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالرضا

والأصل فيه أن الصلح يجب جله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتياالا لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن قال (ويصح عن جنابة العمد والخطا) أما الاول فلقوله تعالى فمن عني له من أخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما أنها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى أن ما صلح مسمى فيه صلح ههنا إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية هنا بصار إلى الدية لأنها موجب الدم

من المخالفة ولعل في جواز الإجارة روايتين فليتاأمل انتهى (أقول) المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم لأن مراد صاحب النكاح هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالإجارة كما إذا أجرة ملكه فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما إذا صلح عن المنفعة الموصى بها ككفي دار سنة مثلا وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار مثلا وصحة من رب الدار بالإجارة كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى يلزم المخالفة ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن ما ذكره الامام الأسيدي في شرح الكافي من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز وما ذكره صاحب النهاية نقل عن المغني من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صلحه على خدمة عبد آخر يجوز أيضا وكذلك لو صلحه على ركوب دابة شهرا أو لبس ثوب شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المتبعة فإن مدلولها ما جواز الصلح عن المنفعة وإن اتحد جنس المنفعتين من حيث جوز فهم ما صلحه الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر والمصرح به في كثير من المتبررات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فإن كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما إذا صلح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالإجماع وإن كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسئلة كتاب الإجازات وإذا اعتبر الصلح على المنافع إجارة يصح بما يصح به

وإذا كان في معناه فاصح أن يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صلحه على سكنى دار أو خدمة عبد سنة جاز لأن المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وإن صلح على ذلك أبدالم يجوز لأنه لم يصلح صداقا لجهالةه فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملتزم ألا ترى أن الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وإن لم يصلح صداقا وأنه إذا صلح على أن يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لأن كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبغوا بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكفي يكون العوض

فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله إلا أن عند فساد التسمية استثناء من قوله أن ما صلح مسمى فيه صلح ههنا بمعنى لكن أي لكن إذا فسد التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فإن كان الاول كما إذا صلح على دابة أو ثوب غير معين بصار إلى الدية لأن الولي ماضى بسقوط حقه فيصار إلى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لأن بدل الصلح لا تحمله العاقلة لوجوبه بعقده

(قوله فمن أعطى له الخ) أقول من حيث كناية عن الولي (قوله فمن عني عنه) أقول فيكون له بمعنى عنه (قوله ولا يتوهم إلى قوله وإن لم يصلح صداقا) أقول لكن قال في المحيط إذا صلحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والأصل في جنس هذه المسائل أن ما صلح مهورا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف يصلح مهورا في النكاح وينصرف مطلقه إلى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف إلى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فليتاأمل فإن فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية بصار إلى الدية

وان كان الثاني كالصالح على خرفانه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم بالامتنع وما صار ذكره والسكوت عنه سمين ولو سكت لبقي العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر النحر (وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين) أي في فصل تسمية المال المجهول وفصل النحر (لانه الموجب الاصل) في النكاح (ويجب مع السكوت عنه حكما) قال الله تعالى قد علمنا ما فرغنا عليهم في أزواجهم وموضعه أصول النكاح ونحقيقه ان المهر من ضرر ورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار كالمهر او لم يسم مهر او لم يسم مهر او وجب مهر المثل فكذا ههنا وأما الصلح فليس من ضرر وراته وجوب المال فانه لو عفا بالاتسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفوا من له الحق فصع ان وجوبه ليس (٣٣) من ضرر وراته (وبدخل في اطلاق

جواب الكتاب) وهو قوله و يصح عن جنابة العمد (الجنابة في النفس وما دونها وهذا) أي الصلح عن جنابة العمد (بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق أن يملك ذلك ليس بحق في المحل قبل التملك) فأخذ البديل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام أما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا (واذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لانها تبطل بالأعراض والسكوت) وقيد بقوله حق الشفعة على مال احتراز عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بخصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة

ولو صالح على خير لا يجب شيء لانه لا يجب بطلاق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصل ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجنابة في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك أما القصاص فلكل المحل في حق الفعل فبصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالأعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير أن في بطلان الكفالة لا يتبين على ما عرف في موضعه

الاجارات ويفسد بما يفسد به انتهى وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانتا مختلفتي الجنس وان كانتا متفقتين بأن يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استئجار المنفعة بجند ههنا فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فتدبر (قوله والاصل فيه أن الصلح يجب حله على أقرب العفو دالبه وأشبهها به احتيالا لتصح تصرف العاقل ما أمكن) أقول لقائل أن يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرح جوابه فامكان حل مثله على شيء من العفود غير ظاهر سيما اذا وقع على ترك دعوى جنابة العمد من الجانبين فتأمل (قوله وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال) قال الشراح في شرح قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس ههنا أي لا يقال كل ما يصلح بدلا في الصلح يصلح مسمى في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لان الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح مادون العشرة صدقا ولانه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاصه على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صدقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبغوا بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيمكن في يكون العفو من موقوفه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم (م أقول) هنا اشكال وهو أنه اذا صلح أن يكون بدل الصلح في جنابة العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جنابة العمد في صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاصه على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تقر بعا على قول المصنف حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبدة سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صدقا

(٥ - نكمله سابق) لكن لا تبطل الشفعة لانه لم يوجد منه الأعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح (والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة) يعني اذا كفل عن نفس رجل فجاء المكفول وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح (ولا يجب المال غير أن في بطلان الكفالة روايتين) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبي حفص وبه يفتي لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة الى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضى أن يسقط حقه بموضع لم يسقط مجانا

(قوله والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفوا من له الحق) أقول فيه نوع مصادرة

(وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع) ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أو لا والاول إما أن يكون منفرداً أو منقلاً إلى الصلح عن العمد فان كان منفرداً وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدّر شرعاً والمقدّر الشرعي لا يبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة ابطالاً له بل القصاص ليس بعمال (٣٤) فكان الواجب أن لا يقابله مال ولكنه أشبه النكاح في تقويمه بالعقد جاز بأى مقدار

تراضياً عليه كالتمسية في النكاح وأن كان منضمّاً إلى العمد كان كما اذا قتل عمداً وآخر خطأ ثم صلح أولياءهما ما على أكثر من دينين فالصلح جائز وأما صاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد لكن عليه لرجل مائة دينار ولا آخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الألف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صلح على مكيل أو موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقاً عن دين الدية بدين بدل الصلح (ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الأبل ثم صلح أولياء القبيل على أكثر من مائتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في الأبل) وخرج غيره من أن يكون واجباً بهذا العمل (فكان ما يعطى عوضاً عن الواجب) فكان صحها (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداء لان تراضيهما على

وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدّر شرعاً فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بعمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صلح على أحد مقادير الدية أما اذا صلح على غير ذلك جاز لانه مبادلة به الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقاً عن دين بدين ولو قضى القاضي بأحد مقادير هاتين الصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين قال (ولا يجوز عن دعوى حدد) لانه حق الله تعالى لاحقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولها لانه حق الولد لاحقها وكذا لا يجوز الصلح عما أسرع الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في

فكذلك لا في الصلح ولو صلحه على ذلك أبداً وعلى ما في بطن أمته أو على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لانه لم يصلح صدقاً فكذلك لا في الصلح انتمى (أقول) فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الأشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صدقاً فكذلك لا في الصلح ينافي قولهم بأن العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكرنا يفتنى على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لثبوت صدقاً فان جهالة نفسه قد يفسد الصلح فيما احتيج فيه الى التسليم والتسليم كما تقره في ما مر وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال في المحيط اذا صلحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس شرع المسائل ان ما صلح به في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف يصلح مهراً في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتمى والمقصود قوله وما لا فلا فليتنا مل فان فيه مخالفة أخرى أقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية الى هنا كلام ذلك البعض (أقول) لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما اذا انصرف مطلقه الى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهراً في النكاح وهذا أمر لا ستربه (قوله وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع) أقول فيه شيء وهو أنهم صرحوا بأن الصلح اذا كان على جنس ما استحققه المدعي على المدعى عليه لم يحكم على المعاوضة وانما يحكم على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وسبب أن ذلك في الكتاب أيضاً في باب الصلح في الدين ولا يخفى أن الصلح عن جنابة الخطأ اذا كان على أحد مقادير الدية مطلقاً قبل ان يقضى القاضي بأحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى بأحد مقاديرها بعينه كان

بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين) ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذلك اذا قال (ولا يجوز عن دعوى حدد) الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا أخذ رجل زانياً أو سارقاً أو شارب خمر وأراد أن (قوله بل القصاص ليس بعمال) أقول وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة (قوله والثاني كما اذا صلح على مكيل الخ) أقول هو معطوف على ما سبق في ثمانية أسطر تخمينية أو هو قوله والاول اما الخ قال المصنف (وكذا لا يجوز الصلح عما أسرع الى طريق العامة) أقول قال العلامة النسفي في الكافي بخلاف ما لو كان الى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوكة لاهلها انتهى قال المصنف (لانه حق العامة) أقول وفي الكافي بدل قوله لانه حق العامة لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين انتهى يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقاً حيث قبل بغير النافذة



كم يرفعه الى الحالفصالحه المأخوذ على مال ليرك ذلك فالصالح باطل وله أن يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الخد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل صبيها هو بيد هاته ابنة منها وبحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها او بانث منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصالح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه (واذا اشترع رجل الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفرادوا احد منهم بذلك) وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوكة لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لا يسهط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضا الباقيين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم (٣٥) ليس ترك الظلة جازا اذا كان في ذلك صلاح للسلمين وبضعها

في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صلح (وحد القذف داخل في جواب الحدود لان المقلب فيه حق الشرع) وله ان لا يجوز عفو ولا يورث بخلاف القصاص قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا الخ) هذا بناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه شها واذا جحدت النكاح فصالحته على مال بذلته يمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وبذل المال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها فان اقام على التزوج بينه بعد الصلح لم تقبل لان

اطلاق الجواب حد القذف لان المقلب فيه حق الشرع قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لانه يمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبه بطلان المال لدفع الخصومة قالوا ولا يجوز له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطل في دعواه قال (واذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعض ما قال لم يجز وجه الاول أن يجزى لزيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة وان لم يجعل فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح

من ذلك القبيل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل (قوله وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها) أي ان يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعه على أصل المهر دون الزيادة فقط الاصل دون الزيادة كذا في النكاح وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بما لم فكيف يكون ذلك زيادة في المهر اه (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بما لم لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلا بد أن يجعل ترك النكاح بما لم فرقة يبدل وهي الخلع ولما جعل خلعا سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه (قوله فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج كذا في النكاح وكثير من الشروح (أقول) لما منع أن يمنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم له منها أصل المهر اذ لو لا هذه الفرقة لازمه مهرها عند اثباتها النكاح فجاز أن يعطى الزوج العوض ليسلم له المهر في ضمن هاتيك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز

ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يجعل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع أنواع الصلح الا أن يسلم به بطيب عن نفسه فيكون غليظا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الاول أن يجعل كأن الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني أنه بذل لها لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة

(قوله فصالحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول يعني من أهل طريق غير نافذة (قوله والوطء الحرام في جانبها) أقول فيه بحث فانه لا يكون حراما اذا كان بالقضاء وجوابه ان المرأة يجوز ان تعتقه بذلك على رأي من قال لا ينفذ القضاء باطنا (قوله فكان رشوة) أقول أي رشوة محضة

(وان ادعى على رجل) مجهول الحال (انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فأقرب العقود اليه شبه العتق على مال فيجعل عتقته لا مكان تصحح على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى أجل في الذمة) ولا يصح ذلك الا بمقابلته ما ليس بمال كالسكاح والديارات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان (و) محمل (في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجازا لانه لا يثبت الولاء له لانكار العبد الا أن يقيم البيينة فتقبل ويثبت الولاء) لانه صالحه بعد كونه عبدا له فكان صلحه عزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء (واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز) سواء كان عليه دين أولا (وان قتل عبده) أي للعبد المأذون له (رجلا عمدا فصالح عنه جاز) سواء كان عليه دين أولا (والفرق أن رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه ببيع او ان جازا جارة فلا يجوز أن يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبي) أي صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا ههنا (أما عبده فن تجارته وكسبه ونصرفه فيه نافذ ببيع فكذا استخلاصا) تحقيق (هذا ان المستحق كالزائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أي الصلح (كأنه شراؤه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا فصالح عن نفسه جاز وأجيب بأن المكاتب حريدا واكتسابه له بخلاف المأذون فانه عبده من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس للمولى القتل بل ان يقتله بعد

(٣٦)

قال (وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعى عزلة الاعتاق على مال) لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى أجل وفي حق المدعى عليه بكونه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجازا لانه لا يثبت الولاء له لانكار العبد الا أن يقيم البيينة فتقبل ويثبت الولاء قال (واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له أن يصالح عن نفسه وان قتل عبده رجلا عمدا فصالحه جاز) ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه ببيع فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي أما عبده فن تجارته ونصرفه فيه نافذ ببيع فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فملكه قال (ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستملكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة

أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطى العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني أن هذا الصلح ان جعل فرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى ويشير اليه قول

البدل في حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكافا وان لم يصح في حق المولى فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له أن يقبل ولا ان يتبعه بنسب ما لم يعتق فكذا هذا قال (ومن غصب ثوبا يهوديا الخ) يهود قوم من أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وانما خصه بالذكرة إشارة الى كونه معلوم القيمة وكل قيمى معلوم القيمة

حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة فاستملكه فصالح من القيمة على أكثر منهما من النقود جاز عند صاحب أبي حنيفة وقال يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بان غصب لانه المحتاج الى الصلح غالباً وقيد بالقيمي احترازاً عن المثلي فان الصلح عن كرمطة على دراهم أو دنانير جائز بالاجماع سواء كانت أكثر من قيمته أو لا ولكن القبض شرط وان كانا باعيانهم ما لا يلزم بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائماً جاز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف في القيمة حالاً وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا أن الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب حقيقة ان كان قائماً وتقدير ان لم يكن عند أبي حنيفة وعند ما عاقبته قيمة المغصوب فقالوا ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن فيه الناس كان ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول الضمير في قوله راجع الى المولى قال المصنف (ولهذا لا يملك التصرف فيه) أقول قال في النهاية أي في رقبته بتأويل العضو أو الجزاء انتهى فيه بحث فان الرقبة هنا مجاز عن النفس (قوله وهذا أي الصلح كأنه شراؤه الخ) أقول فأشار الشارح الى أن الكلام على التشبيه (قوله يؤاخذ به بعد العتق) أقول قوله يؤاخذ به صفة أخرى

ولابي حنيفة طريفة ان أحدهما أن المصروب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمن كان العبد هالكاً على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان أبقاء فإما من أباه كان له ولو كاله وإذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضاً عن ملكه في الثوب أو العبد ولا ريب بين العبد والدرهم كما لو كان العبد قائماً والثاني أن الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على البدن ما أخذت حتى تردده فهو الأصل في الغصب وانما يجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضرورياً لا يصار إليه الا عند العجز فإذا صالح على شيء كان البدل عوضاً عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا وفي كلام المصنف تسامحاً لأنه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثل في حينئذ يصار اليه او يمكن (٣٧) أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك

اشارة الى أن المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا باتفاق أما عندهما فلم يبينوا الفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل والله اعلم بالصواب

ولابي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدو بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا باتفاق أما عندهما فلم يبينوا الفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل والله اعلم بالصواب

صاحب العناية فان جعل ترك الدعوى منها فقرة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها انتهى فإذا حال هذا المعنى (قلت) برده عليه أيضاً يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وأما اذا كانت مباشرة سبب الفرقة برأي الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذا كان تركه دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك أو قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فإنها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك فان طلقت نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها قطعاً فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعاً عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعاً عنه فيما اذا مكنت ابن زوجها فكذلك اهانته لا يكون وقوعها من جانبها مانعاً عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر (قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدو بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب العناية وفي كلام المصنف تسامحاً لأنه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي في حينئذ يصار اليها انتهى كلامه (أقول) قد غلط في استخراج هذا المقام حمل كلام المصنف على التسامح ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق في قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الأخذ وهذا غير متصور في القيمات لان أخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات وليس مراد المصنف به ذلك قطعاً بل انما مراده به حتى تعلق الملك بجهة أن الواجب في ذمة

بأنه لو باع عين المصروب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكماً لجاز وأجيب بأن المبيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه عليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال وأما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطاً وصحته لا تقتضي قيام مال متقوم حقيقة (قوله وإذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم ومن أعتق شقفاً من عبدينه وبين شر يكة قوم عليه نصيب شر يكة فيضمن ان كان موسراً أو يسمى العبد

(قوله وفي كلام المصنف تسامحاً الى قوله انما هو في المثليات) أقول وفي الكافي أو حقه في الأصل صورة ومعنى اذا الواجب ضمان العدو وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة يمكن كما في النكاح والدية انتهى وبه يندفع ما ذكره الشارح فان قوله وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل



### باب التبرع بالصلم والتوكيل به

(ومن وكل رجلاً بالصلم عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه

### باب التبرع بالصلم والتوكيل به

لما كان تصرف المرء لنفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلم لأن الإنسان في العمل لغيره متبرع قال (ومن وكل رجلاً بالصلم عنه الخ) ومن وكل رجلاً بالصلم عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه أي عن وكل في رواية المصنف وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الآن يضمنه

### باب التبرع بالصلم والتوكيل به

(قوله وهو المراد بالتبرع بالصلم) أقول فيه بحث قال المصنف (لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أقول أي عن وكل فالعائد إلى اسم الموصول محذوف أي ما صالح عليه عن الموكل (قوله وروى غيره) أقول يعني الاقطع

الغاصب حقاً للمالك مثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيمات أيضاً وإن لم يتصور حق الأخذ إلا في المثليات لأن وجوب القيمات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلناه ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال والوجه لا يـ حنيفة رحمه الله أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان كما يجوز بالغام بالغ كالاكتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة وانما قلنا أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان كما لأن الواجب في ذمة الغاصب حقاً للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيداً بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحيوان نحو المكبلات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كافي النكاح والدية إلا أن عند الأخذ صار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما دعينا أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيفما كان انتهى والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية وسائر المعنيات وأطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلي إذا انقطع حكمه كالقبي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء فقبله أن تراصياً على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون رباحاً بخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى (أقول) عذره أقبح من ذنبه لأن المصنف ههنا ليس بصدد بيان المسئلة متى تفيد إشارته إلى اشتراك المثلثين في الحكم شيئاً بل هو ههنا في مقام الاستدلال على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستهلك على أكثر من قيمته فإن لم يفد الدليل الذي ذكره المدعي بناء على كون المدعي في القبي وكون الدليل محضاً صلباً المثلي كما زعمه لا يتم المطلوب فيختل الكلام لعدم إيفائه حق المقام ولا تجدي الإشارة إلى أمر أخفى عن الصدق فنعما كما لا يخفى

### باب التبرع بالصلم والتوكيل به

قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلم لما أن الإنسان في العمل لغيره متبرع واقفى أثره صاحب الغاية وصاحب العناية (أقول) أن قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلم ليس بسديد إذ لو كان المراد بالتبرع بالصلم ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستدر كالتداول تبرع بالصلم بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضاً فالحق عندى أن المراد بالتبرع بالصلم ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره وكلاهما صورتين مذكورتان في هذا الباب فيسـ لم ما ذكر في عنوان الباب عن الاستدراك بنى شئ وهو أن التوكيل بالصلم فعل الموكل وهو تصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر إلى قول المصنف في العنوان والتوكيل به والجواب أن التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني للفعول فيرجع إلى معنى التوكيل وهو تصرف لغيره فان قلت فلم يبق التوكيل به بديل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج إلى البيان بأنه مصدر من المبني للفعول قلت فائدة التعبير عن التوكيل بالتوكيل هي الإيحاء إلى أن المراد بالتوكيل الحاصل بالتوكيل وهو التوكيل بأمر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلم فيندفع به توهم الاستدراك تأمل فانه معنى

والمال لازم للوكل) وتأويل هذه المسئلة أنه إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه أسقط محض فكان الوكيل فيه سفيراً معبراً فلا ضمان عليه كالأو كبل بالنسكاح الآن يضمنه لأنه حيث ذمهم واخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما إذا كان الصلح عن مال بعمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل

لطيف (قوله والمال لازم للوكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غاية البيان واللام في الوكل بمعنى على كفاي قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعلها واقضى أثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للوكل أى على الموكل كفاي قوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعلها انتهى (أقول) لا وجه لحمل اللام في قوله والمال لازم للوكل على معنى على لأن للوكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تعدي بنفسها وبالباء يقال لزمه ولم يبه ولا تعدى بعلى فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون الختامها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل وادخل اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بأنفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان أسأتم فلها الآن اللام في فلها هناك متعلق بقدر كما لا يخفى فيجوز أن يقدّر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة فلا ضير في أن يحمل اللام هناك على معنى على تأمل تفق (قوله وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكتفى لتأويل المسئلة فإن فيه قيداً آخر وهو أنه إذا كان الصلح على الإنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء وإن كان الصلح في المعاوضات لأنه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره إلى أن قال ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمنه الذي صالحه لأن الصلح على الإنكار معاوضة بأسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بعمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى واقضى أثره كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يكتفى لتأويل المسئلة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الإنكار (أقول) يمكن أن يقال يستغنى عنه بما ذكره المصنف فان قوله أما إذا كان الصلح عن مال بعمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل من تمتة وتأويله ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل مالم يكن الصلح عن مال بعمال بطريق المفهوم كانه قال وإنما سوى ذلك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وفائدة التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين إنما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح بل بانه قطعاً في غير ذلك كالصلح عن جنابة العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيراً محضاً كالنسكاح والخلع وغيرهما وإذا قدر هذا فقد فهم دخول الصلح على الإنكار في جواب هاتيك المسئلة وإن كان الصلح في المعاوضات إذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه إنما هو لاقعة لا قطعاً بالخصومة وإنما هو معاوضة في حق المدعى وأنه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقه ما لم يكن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه وإن كان الصلح في المعاوضات صلحاً عن مال بعمال وقد أشار إليه في المبسوط بقوله لأن الصلح على الإنكار معاوضة بأسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بعمال ولا يخفى

الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقاً إلا إذا ضمنه فإنه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف (وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه أسقط محض فكان الوكيل فيه سفيراً معبراً فلا ضمان عليه إلا أن يضمنه لأنه حيث ذمهم واخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما إذا كان الصلح عن مال بعمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر في شرح الطحاوي والخففة على إطلاقه. وأب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه أنه لا بد لتأويل المسئلة من قيد آخر وهو أن يكون المصالح في المعاوضات على الإنكار فإن كان لا يجب على الوكيل شيء وإن كان فيها الآن الصلح على الإنكار معاوضة بأسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل وذلك جائز مع الاجنبي جواره مع الخصم

(قوله وهو أن يكون المصالح في المعاوضات) أقول الظاهر أن يقال الصلح في المعاوضات (قوله وإن كان فيها) أقول الضمير في قوله فيها يرجع إلى المعاوضات

قال (وان صالح عنه رجل بغير أمره الماخ) وان صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ووجه ذلك ان الفضولي عند الصلح على مال اما أن قرن بذ كالمال ضمان نفسه أولا فالاول هو الوجه الاول والثاني اما أن أضاف المال الى نفسه أولا فالاول هو الوجه الثاني والثاني اما أن يسلم المال المذكور أولا فالاول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع ولكن يرد وجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خالبا عن الاضافة امام عرفا أو منكرا وكل منهما اما أن قرن به التسليم أولا يقرن وقد ذكر وجهها حكم المنكر وبقي وجهها حكم المعرف ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذ كالتسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر أما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن ثم الصلح لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبى والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص بأحد فصلى أن يكون أصيلا في هذا الضمان اذا أضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعي عليه لا يرجع عليه بشئ كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره فانه يرجع ولا يكون (٤٠) لهذا المصالح شئ من المدعي أى لا يصير الدين المدعي به ملكا للمصالح وان كان المدعي عليه مقرا وانما يكون ذلك

لذى في يده يعنى في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شئ فأى شئ ثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا أى فى أن المصالح لا يملك الدين المدعي به بين ما اذا كان الخصم مقرا أو منكرا أما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه ان لا شئ عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه وأما اذا كان مقرا فبالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشترا ما في ذمته بما أدى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين تملكه من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان

قال (وان صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه وجه ان صالح بمال وضمنه ثم الصلح) لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبى سواء فصلى أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البذل ويكون متبرعا على المدعي عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره ولا يكون له هذا المصالح شئ من المدعي وانما ذلك للذى في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك ان قال صالحته ك على ألفى هذه أو على عبيدى هذا صرح الصلح ولزمه تسليمها) لانه لما أضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصلى الصلح (وكذلك لو قال على ألفى وسلمها) لان التسليم اليه يوجب سلامة العرض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحته ك على ألفى فالعقد موقوف فان أجاز له المدعي عليه جاز ولزمه الا ان لم يجزه بطل) لان الاصل في العقد انما هو المدعي عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا أن الفضولي يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يصفه بقي عاقدا من جهة المطلوب فيستوقف على اجازته قال العبد الضعيف عصمه الله ووجه آخر وهو ان يقول صالحته ك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا يسأل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له ثم الصلح وان لم يسلم له لم يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسوية وضمن او دفعها ثم استحققت أو وجدها زبوا فحيث يرجع عليه لانه جعل نفسه أصيلا في حق الضمان وله هذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه بيده والله اعلم بالصواب

### باب الصلح في الدين

أن ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعي عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر تفكر

### باب الصلح في الدين

المدعي به عينا والمدعي عليه مقرا فان المصالح يصير مشتر بالنفسه اذا كان بغير أمره لان شراء الشئ من مال كصحيح (قوله) وان كان في يد غيره ووجه الوجه الباقي ذكر في المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فالتعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو نزلة قوله صالح على أنى ينفذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعوى على فلان فانه فيه توقف عن اجازة المدعي عليه فان أجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم

### باب الصلح في الدين

اما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص أبدا يكون بعد العموم (قوله فصل أن يكون أصيلا في هذا الضمان) أقول فيه شئ والظاهر أن يقول في هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعوى على فلان) أقول يعنى فلانا الاول ولو قال من دعوى على فلان كان أن بعد عن التشویش

### باب الصلح في الدين



( وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه - وأسقط باقيه - كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة ولكن له على آخر ألف جيات فصالحه على خمسمائة ز يوف جازوا كما نه أراء عن بعض حقه ) وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ( ولو صالح على ألف مؤجلة جاز ) وكأنه أجل نفس الحق ) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمنزلها انسيبة لا يجوز

( قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه - وأسقط باقيه ) أقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسئلة وأما بالنظر الى قوله وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فمنوعة لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدره ووصفا كما اذا كان عليه ألف درهم جيات فصالح عن ذلك على ألف درهم جيات يحمل على استيفاء عين حقه صرح به في كثير من المعبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شيء قط وعن هذا قال في الوقاية وصلح على بعض من جنس ماله عليه أخذ لبعض حقه وحط لباقيته لا معاوضة انتهى ويمكن أن يعتذر عما في الكتاب بأنه خارج مخرج العادة فان المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعى لا على مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي أن يراد في لفظ الرواية قيد آخر وهو أن يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا أمكن حله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك يتظر ان كان مؤجلا بطل الصلح والا فلا الا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخبة الى أجل لا يجوز والبخبة اسم لما هو أجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل انتهى كلامه ( أقول ) فيه بحث لان قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حله على بيع الصرف فان ما يمكن حله على بيع الصرف عند أهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كالمثلية المذكورة في المسائل وأدلتها المفصلة فيه وأما المثال الذي ذكره بقوله الا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخبة الى أجل لا يجوز فبمزل عما نحن فيه مما لا يمكن حله لانه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا بما يمكن حله على بيع الصرف أما الاول فلان البخبة أجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالحدود وانما المستحق به السود لا غير وأما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل ( قوله وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا ) أقول لقائل أن يقول انما يقضى الى الربا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضا عن مجموع الالف المدعى وأما اذا جعل عوضا عما يابو به من بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء أن الديون تقضى بامثالها لا بأعيانها فلا افضاء الى الربا بانما بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض

قال ( وكل شيء وقع عليه الصلح ) بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه ( بعقد المداينة لم يحمل ) الصلح ( على المعاوضة ) بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي ( وقيد بعقد المداينة ) وان كان حكم الغصب كذلك حلا لامر المسلم على الصلاح ( كمن له على آخر ألف درهم ) جيات حالة من ضمن متاع باعه ( فصالحه على خمسمائة ) ولكن له على آخر ألف درهم جيات فصالحه على خمسمائة ز يوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح ( ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بمنزلها انسيبة وهو ربا فان لم يمكن حله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة

فيحصل على التأخير فتعين جعله معاوضة اذا تصرف في الدين في مسائل الصلح لا يخرج عن أحد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسبة فلا يجوز (وكذا اذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فإنه لا يمكن جعله على الاسقاط (لان المجل) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاء واستيفاء بعض حقه وهو (خير من النسبة) لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين (و) صفة (التجمل في مقابلة الباقي وذلك اعتبارا عن الاجل وهو حرام) روى أن رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأل فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وهذا الان حرمة ربا النساء ليست بالنسبة مبادلة المال بالاجل حقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز ولو كانت بالعكس جاز) والاصل أن المستوفى اذا كان أدون من حقه فهو اسقاط كما في العكس وان كان (٤٣) أزيد قدرا أو وصفا فهو معاوضة (لان الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء

(فيكون معاوضة الالف  
بخمسمائة وزيادة وصف  
وهو ربا) فان قل اذا كان  
حقه ألف درهم نهرجة  
فصالحه على ألف درهم  
بجنية نقدية المال  
فهو أجود من النهرجة  
وجاز الصلح والزيادة موجودة  
أجاب بقوله (وبخلاف ما اذا  
صالح على قدر الدين وهو  
أجود لانه معاوضة المثل  
بالمثل ولا معتبر بالصفة  
الا انه يعتبر القيس في  
المجلس) وحاصله أن الجودة  
اذا وقعت في مقابلة مال  
كان ربا كالسنة الاولى  
فانه اقرب من خمسمائة  
من السود وهو ربا وما اذا  
لم يقع فذلك صرف والجيد  
والردي فيه سواء عدا  
(ولو كان عليه ألف درهم  
ومائة دينار فصالحه على  
مائة درهم حالة أو مؤجلة  
صحيح لانه أمكن جعله اسقاطا

فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دفاتر الى شهر لم يجوز) لان الدنانير غير مستحقة بعد قد  
المداينة فلا يمكن جعله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسبة لا يجوز  
فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجوز) لان المجل خير من المؤجل  
وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتبارا عن الاجل وهو حرام (وان كان له  
ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز) لان البيض غير مستحقة بعد قد المداينة وهي زائدة وصفا  
فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على  
خمسمائة سود حيث يجوز لانه اسقاط كما قد راو وصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه  
معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا أنه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه ألف درهم ومائة  
دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح لانه أمكن أن يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم  
الامائة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة نصيبا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه ألزم قال (ومن له على  
آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك برى من الفضل ففعل فهو برى فان لم يدفع اليه  
الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه) لانه ابراء  
مطلق

في المجلس وجوزوا التأجيل فتأمل في الجواب (قوله ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها  
خمسمائة على أنك برى من الفضل ففعل فهو برى) قال صاحب العناية قيل معناه فقبل فهو برى وفي  
الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو برى من الباقي انتهى (أقول) لا يذهب على الفطن  
ان قوله فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد اليه الالف بأبي المعنى الثاني ويناسب المعنى الاول لان عود  
الالف اليه يقتضي تحقق البراءة عنه أولا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضا بأنه لا شك ان البراءة  
الموقوفة على أداء الخمسمائة اليه غدا متحققة أولا وان لم تحقق البراءة المقطوعة الا بأداء ذلك اليه  
غدا ففما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا بصرح أن يقال عاد اليه الالف نظرا الى تحقق البراءة الموقوفة من  
قبل فان نصف الالف قد خرج ملكه خروجا موقوفا على أداء نصفه الاخر اليه غدا فاذا لم يؤد اليه ذلك  
غدا عاد اليه الالف كما كان وأما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فمما لا تقبله

للدنانير كلها والدراهم الامائة) ان كانت حالة واسقاطا لذلك (وتأجيلا للباقي) ان كانت مؤجلة (نصيبا للعقد) الفطرة  
أولان معنى الاسقاط فيه ألزم) لان مبني الصلح على الخطيئة والخط ههنا أكثر فيكون الاسقاط ألزم من معنى المعاوضة قال (ومن له  
على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك برى من الفضل ففعل فهو برى  
قبل معناه فقبل فهو برى وفي الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو برى من الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد  
الالف كما كان في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يقيد

(قوله فيحصل على التأخير) أقول بالنصب (قوله كما في العكس) أقول ناظرا الى قوله ولو كانت بالعكس (قوله ففعل فهو برى) قبل معناه  
فقبل الخ) أقول فالقول مجاز عن التزامه في الدين (قوله ويجوز أن يكون معناه الى قوله عاد الالف) أقول فيكون العود مجازا عن البقاء  
كما كان الا ان مقتضى كلمة عاد هو المعنى الاول ويدل عليه ما سيذكره في الفرق بين التعليق والتقييد  
بجنية بتشديد الخاء والياء نسبة الى مخ أمير ضربه وانظر اللسان كتبه مصححه

الأتري انه جعل أداء خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن جري وجوده أي وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقى الابرار مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالبراءة قال أبرأتك عن خمسمائة من الالف على أن تؤدي غدا خمسمائة ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته أي عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط (٤٣) عندنا لكنه عند انتفائه فان

لبقائه على العدم الاصل  
وموضعه أصول الفقه  
وانما قلنا انه مقيد بالشرط  
لانه بدأ بأداء خمسمائة في  
الغد وانه يصلح غرضا  
حذار افلاسه أو توسلا  
الى تجارة أريج فصلح أن  
يكون شرطا من حيث المعنى  
وكلمة على وان كانت للمعاوضة  
لكن تحمل معنى الشرط  
لوجود معنى المقابلة فيه  
فان فيه مقابلة الشرط  
بالجزاء كما كان بين العوضين  
وقد تعذر العمل بمعنى  
المعاوضة فتحمل على  
الشرط تصحيا لتصرفه  
وكأنه منهم ما قول عوجب  
العلة أي سلنا أنه لا يصح  
أن يكون مقيدا بالعوض  
لكن لا ينافي أن يكون  
مقيدا بوجه آخر وهو الشرط  
(قوله أولانه متعارف)  
معطوف على قوله لوجود  
المقابلة يعني أن جعل كلمة  
على الشرط لاحد  
معنيين اما لوجود المقابلة  
واما لأن مثل هذا الشرط  
في الصلح متعارف بأن  
يكون يحمل البعض مقيدا  
لأبراء الباقي والمعروف عرفا  
كالمشروط شرطا فصار كالمو  
قال ان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا

الأتري انه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه جري وجوده مجرى عدمه فبقى الابرار مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالبراءة ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه أو توسلا الى تجارة أريج منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيا لتصرفه أولانه متعارف

الفطرة السليمة (قوله الأتري انه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) قلت الباء في بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعث هذا فاما المعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما يحمل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال أي في المعنى والافني اللفظ دخل كلمة على في الابرار دون الاداء انتهى فكأنه جعل الباء على الالتصاق فأخذ منه الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (قوله والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه) قال صاحب العناية في شرحه والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة (أقول) ليس هذا بشيء لان مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالاداء شيء في جانب الدائن والبراءة انما تستفاد في جانب المدين وحده المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها فاذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (قوله أولانه متعارف) قال صاحب العناية قوله أولانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان جعل كلمة على على الشرط لا حـد معنيين اما لوجود المقابلة وامالا ان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف (أقول) فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لجعل كلمة على على الشرط لانها كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها مالم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يخفى أن كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجاوز نعم يكون المعنى الثاني علة مريحة للتجاوز بعد أن ثبتت العلة المصححة له لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجاوز كالاول وليس فليس ثم أقول الاقرب أن يكون قوله أولانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيا لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فعلى كلام المصنف فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصح تصرف العاقل أولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجاوز ويكون قوله تصحيا لتصرفه وقوله أولانه متعارف بيانا للعلة

(قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على) أقول أي في المعنى والافني اللفظ دخل كلمة على في الابرار دون الاداء (قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء) أقول فيه شيء بل يستفاد به البراءة والظاهر لم يستفد به شيء ثم قوله والاداء مستحق عليه معناه في كل وقت (قوله جري وجوده أي وجود جعل الاداء الخ) أقول الاولى أن يقال المراد وجوده لفظا (قوله يعني ان جعل كلمة على الى قوله متعارف) أقول تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثاني بدون الاول والاقرب أن يجعل عطف على قوله تصحيا لتصرفه



(قوله والبراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق البراء بالشرط من أجل أن يقول لغريم أو كفيل إذا أدبت أو منى أدبت أو أن أدبت إلى خمسمائة فأنبت برى من الباقي باطل بالاتفاق والتقيد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه - انما من غير ان لفظا ومعنى أما لفظا فهو ان التقيد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما معنى فلان في التقيد به الحكم ثابت في الحال على عرضية ان يزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية ان ثبت عند وجود الشرط والفقه في ذلك ان في البراء معنى الاسقاط والتعليق أما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعقاق والعفوع (٤٤) القصاص وأما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التملكيات وتعليق الاسقاط المحض

جائز كتعليق في الطلاق والعقاق بالشرط وتعليق التملك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الخ - راء والبراء شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التملك وذلك اذا كان بحسب الشرط ويحتمل التقيد به عملا بشبه الاسقاط وذلك ان لم يكن ثم حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر (قوله كما في الحوالة) متعلق بقوله يفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل انتهى (أقول) لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله يفوت بفواته مع تحقق الجمل الكثرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المحال الواضح لجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والبراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة يعني ان البراءة مما يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والبراءة مما يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا يعود الدين إلى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب إلى كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله يفوت بفواته سوى صاحب العناية والحب منه ان ما صوره من المعنى لا يساعد ما ذهب إليه بل يتناسب خلاف ذلك فانه قال يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله والبراءة مما يتقيد بالشرط وانما المساعد لما ذهب إليه ان يقال يعني ان البراءة لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقيد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعليق قوله كما في الحوالة بذلك دون أصله تبصر زشد (قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه) قال صاحب النهاية أي وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو ان رب الدين في تعليق البراء بأداء بعض الدين لا يخلو اما أن يبدأ بالأداء أم لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المدون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالأداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالبراء أم لا فان بدأ بالبراء فلا يخلو

والبراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداة بالبراء ان شاء الله تعالى قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صاحبك من الالف على خمسمائة تدفعها إلى غدا وأنت برى من الفضل على انك ان لم تدفعها إلى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه أن الامر على ما قال لانه أقي بصريح التقيد فيعمل به والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة المرجحة للحمل على الجواز وجهين فينظم اللفظ والمعنى (قوله والبراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة) قال صاحب العناية قوله كما في الحوالة متعلق بقوله يفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل انتهى (أقول) لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله يفوت بفواته مع تحقق الجمل الكثرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المحال الواضح لجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والبراءة مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة يعني ان البراءة مما يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والبراءة مما يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا يعود الدين إلى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب إلى كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله يفوت بفواته سوى صاحب العناية والحب منه ان ما صوره من المعنى لا يساعد ما ذهب إليه بل يتناسب خلاف ذلك فانه قال يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله والبراءة مما يتقيد بالشرط وانما المساعد لما ذهب إليه ان يقال يعني ان البراءة لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقيد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعليق قوله كما في الحوالة بذلك دون أصله تبصر زشد (قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه) قال صاحب النهاية أي وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو ان رب الدين في تعليق البراء بأداء بعض الدين لا يخلو اما أن يبدأ بالأداء أم لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المدون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالأداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالبراء أم لا فان بدأ بالبراء فلا يخلو

كما اذا بدأ بالبراء واذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه اما على خمسة ان رب الدين في تعليق البراء بأداء البعض لا يخلو اما أن يبدأ بالأداء أم لا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المدون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالأداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالبراء أم لا فان بدأ بالبراء فلا يخلو

(قوله وان ذكره فهو الوجه الثاني) أقول فان قل لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصالحة فلامعنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالأداء قلنا ذلك مبني على اتحاد مع ما بدئ فيه بالأداء حكما فليتامل

اما ان بدأ بحرف الشرط أولا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس اما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظهر مما تقدم  
والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على أن الثابت أولا لا يزول بالاشك (٤٥) فاذا قدم البراء حصل مطلقا

ثم بدأ كرماعده وقع الشك  
لانه ان كان عوضا فيه - و  
باطل لما تقدم - لم يزل به  
الاطلاق وان كان شرطا  
بقيدته وزال الاطلاق فاذا  
وقع الشك لم يبطل به الثابت  
أولا وفي عكسها عكس ذلك  
والرابع وجهه - انه اذا لم  
يؤقت للاداء وقتا ظهر أن  
اداء البعض لم يكن لغرض  
لكونه - وانه واجب في مطلق  
الازمان فلا يصلح ان يكون  
في معنى الشرط ليحصل به  
التقييد فلم يبق الاجتهاد  
العوض وهو - وغ - يصلح  
لذلك كما تقدم والخامس  
تعليل وقد تقدم ان البراء  
لا يحتمل - فلا يكون صحيحا  
(ومن قال لا - خ - لا أقرك  
بمالك على حتى تؤخره  
ع - ن - أو تحط عني بعضه  
ففع - ل) أي آخر أو حط  
(جاز عليه) أي نفذ هذا  
التصرف على رب الدين فلا  
يمكن من المطالبة في  
الحال ان آخر أو بدأ ان حط  
(لانه ليس بمكره) لتمكنه  
من اقامة البينة أو التحليف  
لا يقال هو مضطر فيه لانه  
ان لم يفعل لم يقر لان تصرف  
المضطر كصرف غيره فان  
من باع عينا بطعام بأكله  
لجوع قد اضطر به كان  
بيعه نافذا (ومعنى المسئلة

من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدا والبراء فيه واقع أعطي الخمسمائة أولم يعط لانه أطلق البراء  
أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوق وقوع الشك في تقييده بالشرط فلا يثبت  
به بخلاف ما اذا بدأ بأداء الخمسمائة لان البراء حصل مقرونا به فن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا  
ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالاشك فافترقا والرابع اذا قال أدالي  
خمسائة على أنك ترى من الفضل ولم يؤقت للاداء وقتا وجب - وانه ان يصح البراء ولا يعود الدين لان  
هذا البراء مطلق لانه لم يؤقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق  
الازمان فلم يتقيد بدل يحتمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض  
صحيح والخامس اذا قال ان أدبت الى خمسائة أو قال اذا أدبت أو متى أدبت فالجواب فيه - انه لا يصح  
البراء لانه عاقبه بالشرط صريح وتعليل البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التملك حتى يرتد  
بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال (ومن قال لا - خ - لا أقرك  
بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففع - ل جاز عليه) لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا  
قال علانية يؤخذ به

اما ان بدأ بحرف الشرط أم لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه وهكذا  
ذكر وجوه الحصر في العناية أيضا تفلا عن صاحب النهاية (أقول) فيه اشكال أما أولا فلانه جعل الوجه  
الثاني قسما مما بدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ فيه بالمصالحة وأما ثانيا فلانه جعل الوجه  
الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع  
عناية أما عن الاول فبان يقال ان البدء في الوجه الثاني وان لم يكن بالاداء صورة الا انه كان به معنى  
لان حاصل معناه أدالي غدا خمسائة من الألف وأنت ترى من الفضل على أنك ان لم تدفعها الى غدا  
فالألف عليك على حاله فالمراد بان بدأ بالاداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها  
ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه وأما المصالحة فانها  
ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح وأما عن الثاني فبان يقال ليس المراد بالبدء بالاداء في وجه  
الحصر البدء بالاداء المطلق بل المراد به البدء بالاداء المؤقت ولا يخفى انه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء  
المؤقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم وأجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه  
آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدأ فيه  
بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاده مع بدئي فيه بالاداء حكما فليتامس انتهى (أقول) ليس هذا  
الجواب بشئ لان اتحاده مع ما بدئي فيه بالاداء حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئي فيه بالاداء اذ  
الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئي فيه  
بالاداء بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدئي فيه بالاداء وهو الوجه الاول لخارجه - ل ما لم يذكر معه بقاء  
الباقى على المدينين صريح عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكرناه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضا فلم  
يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين مستقلين (قوله بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسائة  
لان الازراء حصل مقرونا به فن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا  
فلا يثبت الاطلاق بالاشك فافترقا) أقول فيه بحث لان هذا وان أقاد الفرق بين الوجهين الا انه

اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ (بجميع المال) في الحال

(قوله فان لم يبدأ فالوجه الرابع) أقول فيه بحث لان الوجه الرابع مما بدئي فيه بالاداء فكيف يجعل قسما مما لم يبدأ به لا يقال جعله  
قسما منه بناء على انه لا يتغير الجواب اذا لم يبدأ به بل بدئي بالبراء لان الوجه الثاني أيضا كذلك كما يظهر من جامع الترمذ في قوله أعلم

**فصل في الدين المشترك** آخر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لان المركب يتلو المفرد قال (واذا كان الدين بين الشريرين يكن الحق) لذا كان الدين بين الشريرين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريرين لأن يضم له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريريه في اتباع الغير ثم أوثر بكة القابض وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما منه شيئا فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما لان الدين ازداد خيرا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة (٤٦) القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمره وله

حق المشاركة في ذلك فان قبض لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريرين التصرف في الولد والثمره بغير اذن الآخر أجاب بقوله لكنه أي المقبوض قبل أن يختار الشريرين مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض

**فصل في الدين المشترك** (قوله بنصفه) أقول يعني بنصف الدين (قوله الا أن) يضم له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريريه (الح) أقول إشارة الى أن الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار قال صاحب النهاية والاتصاف الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار اه والظاهر من تقرير الكافي انه استثناء من قوله ان شاء أخذ منه نصف الثوب فانه قال اذا كان الدين بين شريرين فصالح أحدهما بنصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء أخذ

**فصل في الدين المشترك** قال (واذا كان الدين بين شريرين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب الا أن يضم له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمره وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة ومحمد رجهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لا يثبت تقييد البراء بالشرط في ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده به أولا هناك كما ثبت اطلاقه أولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان أخذ التقييد هناك فانما يؤخذ من مقارنة البراء بالاداء واذا كان الاداء مترددا بين ما يقتضي الاطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره هنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم في التعليل المذكور هناك من قبلهما ما يكون البراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فلينأمل في التوفيق

**فصل في الدين المشترك** آخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد (قوله) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض (الح) قال في النهاية وأما اذا أخذ بمقابله نصيبه ثوبا ليس لصاحبه أن يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط وإشارة رواية الكتاب انتهى (أقول) فلنأمل أن يقول اذا كان قبض أحد الشريرين في الدين شيئا من الدين مخالفا لأخذ أحدهما ثوبا بمقابله نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق انحاد في الحكم بين مسألة ما اذا قبض أحد الشريرين في الدين شيئا من الدين وبين مسألة الكتاب فلم يظهر لعل الاولى أصلا للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن وانما يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضا في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك (قوله وله حق المشاركة) قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثمره حقيقة لا حقها انتهى (أقول) بل الحق اتمام لفظ الحق لان الضمير في له عائد الى صاحب الشريرين القابض في الدين المشترك لا الى أحد الشريرين في كل شيء وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض والا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما له حق المشاركة فيه فلأسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كافي الولد والثمره فأفهم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم (قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

لانه نصف الثوب الا أن يضم له شريكه ربع الدين وان شاء اتبع غيره بنصف الدين اه فتأمل في الترجيح وفي الكفاية استثناء من قوله ان شاء أخذ نصف الثوب فان الشريرين اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكن ولاية الشرية في الثوب ويجوز انه يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه فان الشريرين اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والا حسن أن يكون من قوله فشريكه بالخيار الا اذا ضمن له شريكه ربع الدين فينبذ لا يبقى له الخيار البتة اه قال المصنف (وله حق المشاركة) أقول الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثمره حقيقة لا حقها



لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب مخرج كمن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وعن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مشترك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما إذا كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتب عليه صك واحد بالالف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن إلا أن يشاركه فيه لأن نصيب كل واحد منهما واجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشراكة بينهما بانحداد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي أن لا يكتفى بقوله إذا كان صفقة واحدة بل ينبغي أن يراد على هذا ويقال إذا كان صفقة ( ٤٧ ) واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن

وصفته لأنهما لو باعا صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن إلا أن يشاركه فيه لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن المشتري أن يقبل المبيع في نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخمسة ونصيب الآخر خمسمائة سودلم يكن إلا أن يشاركه فيما قبضه لأن بالتسمية تفرقت وتغير نصيب أحدهما عن الآخر وصفا وأعمال المصنف انما ترك ذكره لأنه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته ولما فرغ من بيان الأصل قال (إذا عرفنا هذا) ووزل عليه مسألة الكتاب هذا إذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك يكون واجبا بسبب مخرج كمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وعن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المشترك المشترك إذا عرفنا هذا فنقول في مسألة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باقي في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقي) لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة قال (ولو اشترى أحدهما نصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كذلك لأن مبيع في البيع على المالك كسنة بخلاف الصلح لأن مبناه على الانغماض والخطيئة فلو أزال مناه دفع ربع الدين بتضرره في قبض القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه قال الشراح فاطمة هذا استدراك جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة النمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في النمرة والولد بغير إذن الآخر (أقول) نعم كذلك لكن برده عليه أنه وإن تم جوابا عن ذلك السؤال إلا أنه منافي لما تقررا نفا من أن صاحبه حق المشاركة في المقبوض لأنه لما قال في تعليله لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا عينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما أنه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور أن يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتأمل ثم إن هذا مخالف لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وإن شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسألة الكتاب بأن قال لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لأن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذ نصفه دلالة على إجازة العقد فصح ذلك وجاز فانضم من له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لأن حقه في الدين انتهى فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين في الدين بدلا من حقه عامع لا من حق

لما قلنا من الأصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة قال (ولو اشترى أحدهما نصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما نصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين وليس الشريك بخبر ابن دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كذا أي من غير خطيئة وانغماض لأن مبيع على المالك كسنة ومنه لا يتوهم فيه الانغماض والخطيئة بخلاف الصلح لأن مبناه على ذلك فلو أزال مناه في الصلح تضمن ربع الدين البتة تضرر في قبض القابض كما ذكرنا من قوله إلا أن يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لأنه ملكه بعقده فإن قيل هب أنه ملكه بعقده أما كان يبيع دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض

أجاب بقوله (والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين) يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لاتنا في ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لاتعين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانهم الزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها أو اما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شي تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه (وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) لثلاثين قلب ماله عليه فانه خلاف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض) في الفصول الثلاثة (لانه رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم)

(قوله أجاب بقوله والاستيفاء الخ) أقول فيه تأمل

والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمة باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض لان رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم

القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لاسبيل للشريك على الثوب في البيع فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من نصيبه عند العقد لاتنا في ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لاتعين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانهم الزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى (أقول) في تحرير قول صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ لو لم تحقق المقاصة للزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضا بناء على الاشتراك فيما أضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا تتوهم القسمة قبل القبض أصلا ولهذا فرع غيره ورود السؤال يلزم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم أقول لا احتياج عندي ههنا الى التثبت بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور أصلا لانه ان لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لاسبيل لاحد الشريكين على شيء مما استوفاه الاخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى أن يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة وأما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لاننا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعاً في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أو ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحة الزم أن لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضا فلزم أن لا يضمه ربع الدين وقد تقرر أن له أن يضمه ذلك فالملك الصحيح أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه (قوله وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمة باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) أقول فيه كلام وهو أنه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى ثم ان هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الاصل الصحيح المبرهن عليه بأن يقال الاصل هنا أن الدين المشترك الذي ثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض أحدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين لا فالوجه لانه من نصيب أحدهما لكان قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال

كأذا مات الحال عليه مفسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك وإذا كان على أحد الشريرين دين الغريم قبل الدين المشترك فأقر بذلك لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على أن آخر الدينين قضاء عن أولهما إذا العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام) حتى لو كان لهما على المديون عشرة ودرهما فأبرأ أحد الشريرين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمس والساكن بال عشرة (ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلا فالحال ما قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه أبرأه مؤقتا بالأبراء المطلق وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وإقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وإن لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز كَمَا يوجب (٤٩) فيما يستحيل ذلك فيه فغنى قوله

لامتياز أحد النصيبين  
لاستلزام التأخير الامتياز  
فان قيل فقد يجوز أبرأه  
أحدهما عن نصيبه وذكر  
الأبراء بوجوب التمييز بكون  
بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما  
يستحيل فيه ذلك أجيب  
بأن القسمة تقتضي وجود  
النصيبين وليس ذلك في  
صورة الأبراء بموجود فلا  
قسمة لا يقال لو كان  
القسمة أمرا وجوبيا لزم  
ما ذكرتم وانما هي رفع  
الاشتراك أو الاتحاد أو  
ما شئت فسمه وذلك عدى  
فلان سلم أنها تقتضي  
وجود النصيبين لانا نقول  
القسمة افراز أحد

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتبارا بالأبراء المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب أحدهما ماعينا منه أو اشتراه شراء فاسدا أو هلك في يده فهو قبض والاستتجار بنصيبه قبض

كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو أن القسمة تميز الحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولأن القسمة فيها معنى التلخيص لأن كل واحد من المقسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما له في يد الآخر وتلك الدين لغريم من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان اشريكة أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف أنه لا يشاركه لثلاث سبل ماله ما عليه فانه خلف باطل (أقول) فيه نظر لأنه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة أصلا بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا (قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض) أقول فيه شيء وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وهذا لا يجوز وإس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع اللهم إلا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقدا أو شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها أيضا (قوله ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز

(٧ - تكمله سابع) النصيبين لتكامل المنفعة بما لا يشارك فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع الشراكة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الأصلية (ولو غصب أحدهما ماعينا منه أو اشتراه شراء فاسدا أو هلك في يده فهو قبض) لأن ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء الأول وكذا إذا استأجر من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فأراد شريكه اتباعه كان له ذلك لأنه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجهه لأن ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجهه عند ورود العقد عليها

(قوله والجواب عنه أن تأخير البعض فيه الخ) أقول اختبار للشق الثاني ثم الضمير في قوله فيه راجع إلى الدين (قوله فان قيل فقد يجوز أبرأه أحدهما الخ) أقول ويجوز أن يقرر السؤال بأن نصيب الأبراء عن نصيبه يستلزم غير الدين في ذمته قبل الأبراء والافكيف تعلق الأبراء بنصيبه خاصة فلنأمل في جوابه (قوله أجيب بأن القسمة تقتضي الخ) أقول ولو أجيب بأن الحال قسمة الدين في الذمة ولا يلزم ذلك في صورة الأبراء لم يحتج إلى ذلك التطويل (قوله لزم ما ذكرتم) أقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين (قوله فلان سلم أنها الخ) أقول لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه



(وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف) وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فأحرقه وهو يساوي نصيب المحرق وأما اذا أخذ  
 الثوب ثم أحرقه فان للشريك الساكن أن يتبع المحرق بالاجماع لعمد رجة الله ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالنصب  
 والمديون صار قاضيا نصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا ولا ييوسف رجة الله أنه متلف نصيبه عما صنع لا قابض لان الاحراق  
 اتلاف فكان هذا نظير الجنابة (٥٠) فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للاخر ان

يرجع عليه بشئ فكذا اذا  
 جنى بالاحراق واذا تزوج  
 بنصيبه من الدين لم يرجع  
 عليه الشريك في ظاهر  
 الرواية لانه لم يقبض من  
 حصته شئاً مضموناً قبل  
 الشركة فانه عاك به البضع  
 وانه ليس بمال منقسم ولا  
 مضمون على أحد فكان  
 كالجنابة وروى بشر عن  
 أبي يوسف أنه يرجع لأن  
 التزوج وان كان بالنصيب  
 لفظاً فهو بمنزلة معنى فيكون  
 دين المهر الواجب للمرأة  
 آخر الدينين فيه يرقض  
 الاول فيتحقق القضاء  
 والاقتضاء والصلح على  
 نصيبه بجنابة العمدة  
 اتلاف كالزواج به لانه لم  
 يقبض شئاً قابلاً للشركة  
 بل أتلف نصيبه قبل وانما  
 قيد بقوله عدل لانه في الخطا  
 يرجع عليه وأطلق في  
 الايضاح فقال ولو شجبه  
 موضحة فصالحه على حصته  
 لم يلزم الشريك شئاً لان  
 الصلح عن الموضحة بمنزلة  
 النكاح وأرى انه قيد  
 بذلك لان الارش قد يلزم  
 العاقلة فلم يكن مقتضياً  
 لشيء قال (واذا كان السلم

وكذا الاحراق عند محمد رجة الله خلافا لابي يوسف رجة الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا  
 الصلح عليه من جنابة العمدة قال (واذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس  
 المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله

بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا فان تميز  
 بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لا امتيازاً أحد النصيبين عن الآخر  
 بكذا وكذا والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز كرماء بوجبه فيما يستحيل ذلك فيه معنى  
 قوله لا امتيازاً أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قيل فقد جوزوا ابراء أحدهما عن نصيبه وذكر  
 الابراء بوجوب التمييز بكون بعضه مطلوباً وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك وأجيب بأن القسمة  
 تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة ابراء بموجود فلا قسمة الى هنا كلامه (أقول) في الجواب  
 الثاني بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة ابراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني  
 لان حاصله نقض ما ذكر في الجواب الاول بأن ذكر ما يوجب التمييز يتحقق في صورة ابراء أيضاً ولو  
 استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التأخير لاستلزامها في صورة ابراء أيضاً وأما عدم  
 تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود  
 النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلاً للتميز عن الآخر وتميز بعض الدين عن  
 بعض غير متصور فلا قسمة في الدين لافي صورة ابراء ولا في صورة التأخير كيف ولو أمكن القسمة في  
 الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم تتصور حقيقة القسمة في الدين لافي صورة ابراء ولا في  
 صورة التأخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر (قوله وكذا الصلح عليه من جنابة العمدة) قال في النهاية  
 ومعارض الدراية قيل انما قيد بجنابة العمدة لان في جنابة الخطا يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقاً  
 فقال ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه شريكه شئاً لان الصلح عن الموضحة  
 بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية بعد ذلك كرماء ما أرى أنه قيد بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم  
 يكن مقتضياً بالشيء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا تعقل صلحاً على ما سيجي  
 انتهى (أقول) هذا ساقط جداً لان العاقلة انما لا تعقل الارش الذي يجب بالصلح وهو الذي يجي في  
 كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جنابة العمدة وانما مراد صاحب العناية ههنا أن الارش  
 قد يلزم العاقلة بجنابة الخطا ثم يصلح عنه على مال أعطاه الجاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني  
 من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضياً لشيء اذا الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضياً بل قد يلزم  
 العاقلة فأين ما أراد مما أورده ذلك الراد ثم أقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية أما أولاً فلان  
 القاتل يدخل مع العاقلة عند فاة يكون فيما يؤدي كأحد من على ما يجي في كتاب المعاقلة فلم يتم قوله  
 فلم يكن مقتضياً بالشيء اذ قد كان مقتضياً بقدر ما يلزمه أن يؤديه مع العاقلة وأما ثانياً فلان ما ذكره  
 انما يقتضي اطلاق الجنابة لا تقيد بها بالعد فان المصالح اذا لم يكن مقتضياً لشيء لزم أن لا يرجع شريكه

بين شريكين الخ) اذا أسلم - لان رجلا في كحنطة فصالح أحدهما مع المسلم اليه على أن يأخذ نصيبه من  
 رأس المال ويضخ عده السلم في نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد الا باجازه الاخر فان أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال  
 مشتركاً بينهما وما بقي من السلم مشتركاً بينهما وان لم يحز به فالصلح باطل

(قوله فيتحقق القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل) (قوله لان الارش قد يلزم العاقلة الخ) أقول فيه ان  
 العاقلة لا تعقل صلحاً على ما سيجي

وقال أبو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون فان أحد الدائنين اذا صالح المدين عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين أن يشار كه في المقبوض وبين أن يرجع على المدين بنصيبه كذلك عهدنا (وعما اذا اشترى بعبدا فأقال أحدهما في نصيبه) بجامع ان هذا الصلح اقالة وفتح لعقد السلم ولا يحنيفة ومحمد وجهان أحدهما انه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتميز ولا تميز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين فانما اذا اخذت رفاقه الشق الاول من التردد لم يلزم المحذور والمذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم لم فيه يعني ان المسلم لم فيه في ذمة المسلم البه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح لشار كه في المقبوض من رأس المال لان الصفة واحدة وهي (٥١) مشتركة بينهما واذا اشار كه فيه

يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا اشار كه صاحبه في النصف يرجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذ مئوذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل بتقاصان وبثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الدين تقضى بأمثالها وفي السلم لم يكون فسحا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب (قالوا) أي المتأخرون من مشايخنا (هذا) الاختلاف بين علمائنا

وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وعما اذا اشترى بعبدا فأقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولأنه لو جاز لشار كه في المقبوض فاذا اشار كه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلط رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

عليه كما في الصلح عن جنابة العمد فلم يظهر للقييد وجه فليتأمل (قوله ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر) يعني أنه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتميز ولا تميز الا بالقسمة واللازم باطل وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه (أقول) فيه نظرا أما أولا فلان هذا الدليل منقوض بسائر الديون لانه جار فيهما بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دلائل أبي يوسف وأما ثانيا فلان قسمة الدين في الذمة انما لا تجوز اذا كانت قصدا وأما اذا كانت ضمنا فتجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل وفي الشق الاول من التردد المذكور انما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد السلم فلا محذور في اللازم (قوله ولأنه لو جاز لشار كه في المقبوض فاذا اشار كه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا اشار كه صاحبه في النصف يرجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذ مئوذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل بتقاصان وبثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الدين تقضى بأمثالها وفي السلم يكون فسحا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب انتهى كلامه (أقول) لمعترض

انما هو (اذا خلط رأس المال) وعقد السلم وأما اذا لم يخلط فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف أيضا وهو لا نظر والى الوجه الاول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطا أو غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهو لا نظر والى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشار كه في المقبوض لان ذلك باعتبار شر كتهما في المقبوض ولا مشار كه عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال او على الاطلاق ان محمدا ذكرا الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح بعدم الخلط أن الآخر لا يشار كه فيما قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن ترك ذلك لاجل الاتفاق وقيل وليس بسديد لان الموجب للشر كه في المقبوض هو الشر كه في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلط أو لم يخلط

(قوله يرجع المصالح الخ) أقول اطلاق المصالح يجوز الا أن يكون المراد الاسبق فاه بطريق الصلح (قوله وقيل وليس بسديد) أقول الفائل هو المتأخرى نقلا عن الاوضح

**فصل في التخرج** (فصل في التخرج) وهو أن يطلع الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تأخير قلة وقوعه فإنه قلبا برضى أحد ابان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب إخراج من الورثة ذلك عند رضا غيره به وله شروط ذكر في أثناء الكلام ونصوير المسئلة ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة قال (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم الخ) وإذا كانت التركة النقود كان هناك شرط سند كره وهذا لأنه أمكن تصحيحه ببيع أو البيع يصح بالقبيل والكثير من الثمن ولم يصح جعله إبراء لان الإبراء من الاعيان غير المضمونة لا يصح (٥٢) فان قيل لو كان يباع بشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالة نفسه

البيع أجيب بأن الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع لا متناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهو لا يحتاج الى تسليم فلا يفتى الى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيئا واشتراه من المقر له جازوا لم يعلم مقدار له وفي جواز التخرج مع جهالة المصالح عنه أن عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عن حدثه عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجهما من الميراث وهي غاضرة كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فخطها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءا

**فصل في التخرج** (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقارا أو عروض جاز قديلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرا) لأنه أمكن تصحيحه ببيع أو فيه أثر عثمان فإنه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمانين ألف دينار أن يعودو يقول هذا المعنى موجودا أيضا فيما إذا اشترى باعدا فأقال أحدهما في نصيبه والفرق للمذكور في الجواب المزبور لا يمتشي فيه لان الاقالة فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يجدد السبب في تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في المقبوض في صورة الاقالة في العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صاروا أحبا بالعقد والعقد قام بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض به تأمل توقف

**فصل في التخرج** (فصل في التخرج) وهو أن يطلع الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تأخير قلة وقوعه فإنه قلبا برضى أحد ابان يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد الحياة (قوله وفيه أن عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمانين ألف دينار) قال في غاية البيان والاصل في جواز التخرج ما روى محمد بن الحسن في الاصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجهما من الميراث وقال محمد أيضا حدثنا أبو يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أنه قال بتخرج أهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفا على أن أخرجهما من الميراث وقد أثبت شمس الأئمة السرخسي وعلاء الدين الأسدي في شرح الكافي لفظ الكافي كافيته من غير تغيير إلا أن شمس الأئمة السرخسي قال وهي غاضرة كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فخطها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءا وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا وقد روى محمد بن عوف مطلقا ولم يفسر أنهم أرادوا أودنانير وذكروا ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالح ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار

وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار الى

**فصل في التخرج** (قوله ووجه تأخير قلة وقوعه) أقول ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت (قوله وقيد بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى قوله حال كون التركة عقارا الخ (قوله صالحوها) أقول الضمير في قوله صالحوها راجع الى إحدى نساء (قوله وهي تماضر الى قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب) أقول هذا الكلام الى قوله وثمانين ألف دينار ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح المبسوط وأراد بالكتاب المبسوط وإنما كتبت هذا لئلا يتوهم ان المراد بالكتاب الهداية ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعل البعض ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوطه



وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً وبالعكس جازلانه ببيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفاً غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحداً لكونها في يده يكتفي بذلك القبض أي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بأن يكونا قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مناب الآخر أما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فأما اذا كان الذي في يده بقيتها مقرأ فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد التقدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمنزلة الزيادة بحقه من بقية التركة) فان كان مساوياً بالنصيب أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا أما اذا كان مساوياً بزيادة العروض وإذا كان أقل فزيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتمنع نصيبه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الإبراء أيضاً المأمر ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصديق أما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوه على أقل من نصيبها (٥٣) من المهر والميراث جازلان المدفوع اليها

حينئذ لقطع المنازعة ولاقتداء اليمين وليس ذلك ربا (ولو كان بدل الصلح عرضاً جازماً مطلقاً) قل أو أكثر وجد التقابض في المجلس أولاً ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبديل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفاً للجنس الى خلافه كافي البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفاً قال (واذا كان في التركة دين على الناس الخ) وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخـلوه في الصلح على أن يخرجوا من مصالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعاً ما في الدين

قال (وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهباً أو كان ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك) لانه ببيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة ان كان جاحداً يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مـراً لا بد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمنزلة الزيادة بحقه من بقية التركة) احترازاً عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضاً جازماً مطلقاً لعدم الربا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبديل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان صرفاً للجنس الى خلاف الجنس كافي البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال (واذا كان في التركة دين على الناس فأدخـلوه في الصلح على أن يخرجوا من مصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل) لان فيه تعليق الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه اسقاط وهو تعليق الدين من عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز وأخرى أن يجعلوا قضاء نصيبه متبرعين

الى هنا لفظ غاية البيان وهذا بسط ما ذكر في جملة الشروح ههنا غـير أنه ذكر في سائر الشروح أنه ذكر في كتب الحديث ثلاثة وعشرون ألف دينار (قوله وان كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمنزلة الزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا) أما اذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالصة عن العوض وكذلك

فلان فيه تعليق الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وأما في العين فلا محاد الصفقة والحيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط وتعليق الدين من عليه الدين وهو جائز (وأخرى أن يجعلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين

قال المصنف (واذا كان في التركة الى قوله فالصلح باطل) أقول قال الكافي أي في الكل في العين والدين أما في الدين فليكونه مال الدين من غير من عليه الدين وأما في العين فلا محاد الصفقة وفي مبسوط شيخ الاسلام وهذه المسئلة ترد نقضاً على أبي يوسف ومحمد فيما إذا أسلم حنطة في شعير أو زيت حيث قال لا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا أفسد الكل وهذا مما يحفظ وفي الكافي قبل هذا عند أبي حنيفة وأما عندهما بقي العقد صحيحاً فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن يبيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والخن بثن واحد انتهى فظهر مما في الكافي جواب نقض شيخ الاسلام خواهر زاده فليتأمل ثم ان عبارة المصالح في قول المصنف على ان يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل

وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين  
ويحبلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء

وفي الوجهين ضرر ببقية  
الورثة) أما في الوجه الأول  
فلأن بقية الورثة لا يمكنهم  
الرجوع على الغرماء وفي  
الوجه الثاني لزوم النقد  
عليهم بمقابلة الدين الذي هو  
نسبة والنقد خير من  
التسبئة (والاوجه أن  
يقرضوا المصالح مقدار  
نصيبه ويصالحوا عما وراء  
الدين ويحبل الورثة على  
استيفاء نصيبه من الغرماء

قال المصنف (وفي الوجهين  
ضرر ببقية الورثة) أقول  
قال في الكفاية لعدم  
رجوعهم على الغرماء انتهى  
هذا هو الحق لا ما في سائر  
الشروح من لزوم النقد  
بالتسبئة في الصورة الثانية  
اذل نسبة عند التسرع  
فليتأمل (قوله وفي الوجه  
الثاني لزوم النقد عليهم)  
أقول فيه بحث

إذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك  
ومن غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجوز به بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين للزوم  
الربا ولا يصح تجوز به بطريق الإبراء عن الباقي أيضا لأن التركة عين والبراءة عن الأعيان باطل كذا في  
الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب (أقول) عدم صحة تجوز بذلك بطريق الإبراء عن الباقي  
منظور فيه عندى لأن الإبراء عن نفس الأعيان وإن كان باطلا إلا أن البراءة عن دعوى  
الأعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب فلم لا يصح تجوز الصلح على الأقل أو المثل فيما نحن فيه  
بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن فإن قلت قدم  
في الكتاب أنه لو أدى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في  
الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسئلة فإذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح ههنا قلت قدم أيضا  
في الشروح هناك أن ما ذكر جواب غير ظاهر الرأية وأما في ظاهر الرواية فإنه يصح وقد ذكر  
في الذخيرة وفي فتاوى قاضيان أيضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية  
في تلك المسئلة حتى قال في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية أن الإبراء لا في عينه ودعوى الإبراء  
عن الدعوى صحيح وإن كان الإبراء عن العين لا يصح وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية  
واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما أوردناه من النظر كالأخفى وقال الحاكيم أبو  
الفضل انما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصديق وأما  
حالة المناكرة فالصلح جائز لأن حالة المناكرة المعطى يعطى المال لقطع المنازعة ويفدى به عينه فلا يتمكن  
الربا كذا في الذخيرة والتمتة ونقل عنهم في النهاية ومعراج الدراية وقال الامام علا الدين الاسيحي في  
شرح الكافي للحاكم الشهيد قال أبو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من نصيبها  
من العين في حالة التصديق أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لأنه إن لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه  
اسقاطا ثم قال الامام الاسيحي والصلح باطل في الوجهين لأنه يكون معاوضة في حق المدعى  
فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا انتهى وهكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر  
الدين قاضيان في فتاواه قال الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من حصتها من مال الربا في حالة  
التصديق أما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك أن في حالة الانكار ما يؤخذ لا يكون بدلا في  
حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه (أقول) في الوجه الذي ذكره قاضيان إشكال لأن عدم  
كون المأخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم وأما عدم كون ذلك بدلا في حق الآخذ فمضوع فان قلت انما  
لا يكون المأخوذ بدلا في حق الآخذ أيضا لا مكان تصحيح هذا الصلح بدون الحل على المعاوضة بمحملة على  
أخذ عين الحق في قدر المأخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه  
قلت الكلام في الصلح عن أعيان التركة والبراءة عن الأعيان باطل على ما صرحوا به فلو أمكن  
تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بمحملة على أخذ بعض الحق واسقاط بعضه إلا آخر لا يمكن  
تصحيحه في حالة التصديق أيضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعا وقد أجمعوا  
على عدم إمكان تصحيحه أصلا في حالة التصديق نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بأنه لم لا يجوز تصحيح هذا  
الصلح في الحالة من معاملة على البراءة من دعوى الباقي من أعيان التركة لأن نفس تلك الأعيان  
والباطل هو الثاني دون الأول كما قررناه من قبل (قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم

ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكبل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح أما في الوجه الأول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم عقابا للدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد ذلك المعنى الأول عن الكفاية هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليستأمل انتهى (أقول) قد يكون التبرع في نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون في نقده ونجيمه بأن يعطيه في الحال عند عدم وجوب إعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافي أن يأخذ عينه أو بدله في الآجل فلما كان قول المصنف في الوجه الثاني متبرعين محتملا لكل واحدة من صورتى التبرع جعله بعض الشراح على الصورة الأولى لتبادرها ففسر بقية الورثة في الوجهين معا بعدم رجوعهم على الغرماء وجعلها أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلّة الضرر فيها وتفاخس الضرر في الصورة الأولى ففسر والضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم اذ لا نسيئة في التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع واعلم أن صدر الشريعة جمل هذا الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما جعل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية ان بقية الورثة يؤدون الى المصالح نصيبه نقدا ويحمل لهم حصته من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الأول صاحب الهداية وشرح كتابه فاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال الحيلة الأولى أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين وبصالح عن أعيان التركة بمال وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصير لهم انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لالبقية الورثة فان قيل اذ لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصّة المصالح لا تصير لهم فقولنا لأن حصته نصير لهم جهة عليه لانه فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح زاد في الطنبور نعمة حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبرهم هذا النفع وقال في حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع واصدر الشريعة حيث عكس انتهى (أقول) فيه أيضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياح ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا يجبر بمجرد أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع فيه لسائر الورثة أمر وهمي من جهة تأديه الى سهولة أداء الغرماء حصص باقي الورثة فأين هذا من ذلك فالحق ما ذكره صاحب الهداية (قوله ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكبل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) بين هذا في كثير من الشروح بأن كان له في التركة مكبل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وهكذا في الذخيرة أيضا (أقول) فيه خلل لان نصيبه من ذلك اذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمنزلة بدل الصلح ويكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب كما اذا كانت التركة فضة وذهب وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمنزلة له وزيادة

ولولم يكن في التركة دين  
وأعيانها غير معلومة  
والصلح على المكبل  
والموزون قيل لا يجوز  
لاحتمال الربا وهو قول  
الشيخ الامام ظهير الدين  
المرغيناني بأن كان في  
التركة مكبل أو موزون  
ونصيبه من ذلك مثل بدل  
الصلح أو أقل



(وقيل يجوز) وهو قول الفقيه أبي جعفر (٥٦) لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل أن

يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكبل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكبل أو موزون أو غير ذلك (قيل لا يجوز لكونه بيعاً) إذ لا يصح أن يكون إبراء (لأن المصالح عنه عين) والبراء عن العين لا يجوز وإذا كان بيعاً كانت الجهة مانعة (وقيل يجوز وهو الأصح لأنها ليست بمفضية إلى النزاع لقيام المصالح عنه في بقية الورثة) فإتاحة احتياج إلى التسليم حتى يفضى إلى النزاع حتى لو كان بعض التركة في بدل المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجوز لاحتياجه إلى ذلك وإن كان على الميت دين فإما أن يكون مستغرقاً أو غيره ففي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن الوارث لم يملك التركة وفي الثاني لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقديم حاجة الميت ولو فعلوا فالواحد يجوز وأما القسمة فقد قال الكرخي أنها لا تجوز استحصاناً ونحو قياساً وجه الاستحصان أن الدين يمنع غمك الوارث إذا من جزء الأوهوم مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل فضائه

وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكبل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعاً إذا المصالح عنه عين والأصح أنه يجوز لأنها لا تنفص إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة لم يملكها الوارث وإن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا فالواحد يجوز وكذا الكرخي رحمه الله في القسمة أنه لا تجوز استحصاناً ونحو قياساً

بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا فالخ في البيان ههنا أن يقال بأن كان في التركة مكبل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر لقله بدأ صاحب غايه البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو وزني وبذل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا انتهى فإنه اعتبر القسمة في جانب بدل الصلح لافي جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون وكان صاحب الكافي تنبيه أيضاً لما ذكرناه من الخلل فاكتمى بذلك حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال أن يكون في التركة مكبل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى واقتنى أثره صاحب معراج الدراية ولكن الأوجه أن يزداد عليه قيداً أو أكثر كما بينهما عليه أنفلاً لأنه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى (قوله وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل فيه بحث أقول لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذ فلا يلزم الربا بالمباينة فيما مر فلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الربا لكنه ساقط ههنا لأن مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا بأقل فلا يلزم الربا إلا أنه على كل تقدير يلزم الربا فانهم يصدون بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد ألا ترى إلى قولهم لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس فإن هذا الاحتمال احتمال جانب الصحة قطعاً كيف ولو كان الاحتمال مقصوراً على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا بالشبهة الربا فضلاً عن شبهة شبهته تأمل توقف ثم اعلم أن صاحب الأصلح والإيضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال ولقائل أن يقول حق الجواب التفصيل بأن يقال إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وإن لم يكن يجوز وإن لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه (أقول) فيه نظراً ما أوفى لأنه لا احتياج ههنا إلى ما ذكره من التفصيل أصلاً إذ الشقان الأولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقاً على الاستقلال أحدهما قوله وإن كانت التركة نضرة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ وأخرها ما قوله في أول الفصل وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها أعمال أعطوه إياه والتركة عقاراً أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً وأما ما يافلان التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن احتمال لأن قوله إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على لطفه فإنه إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه أكثر قدر من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعاً كما مر مفعلاً وممدلاً وكذا إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير

أيضا

وجه القياس أن التركة لا تخلو عن قليل الدين فتقسم نصيباً للضرر عن الورثة والله أعلم

(قوله أكثر مما أخذ أو أقل) أقول فيه بحث

## كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض سمي بها

أيضا يجوز الصلح قطعا كما مر أيضا مستوفي وأما النافلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جدا إذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكبل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكبل أو موزون اختلاف انتهى فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتمدة عامة

## كتاب المضاربة

### كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الاقرار فلا يحتاج الى الاعداد (والمضاربة مشتقة من الضرب في الأرض وسمى هذا العقد بها)

### كتاب المضاربة

قدم وجه المناسبة في أول كتاب الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الأرض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله يعني الذين يسافرون في الأرض للتجارة وسمى هذا العقد بها لان المضارب يسير في الأرض غالباً طلباً للربح وفي الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتي في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه في الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطنا (أقول) فيه فتور اذا تظاهر ان المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه وركنها الايجاب والقبول بالفاط تدل عليه امثلة أن يقول رب المال دفعت هذا اليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو أخذ هذا المال واعمل به على ان مارزق الله فهو بيننا على كذا ويقول المضارب قبلت أو ما يؤدي هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر في أثناء المسائل قال في العناية وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بقواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذكر ذلك اهـ (أقول) فيه قصور لان الشروط الفاسدة أيضاً نوعان نوع يفسد العقد أيضاً ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحاً نص عليه ههنا في النهاية وسيأتي التصريح به في الكتاب أيضاً وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما أشير اليه في المبسوط والخيرية والتحفة وغيرها على ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (أقول) فيه خلل أما أولاً فلان حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كالتصريح عليه في كثير من المعبرات حتى المتون الا ترى الى ما قال في الوقاية وهي ايداع أو لا ولو قيل عند عمله وشركة ان ربح وأما ثانياً فلا نه لم يذكر الايداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضاً ثبت بها أولاً على ما صرح به في عامة الكتب وقال في الكافي والكفاية وحكمها أنواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب (أقول) فيه أيضاً خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعدياً كما سيأتي وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة منافي لصحتها فكيف يصح أن تجعل الاجارة والغصب حكماً من أحكامها وحكم الشيء ما ثبت به والذي ثبت ثنائياً لا ثبت به قطعاً لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم يصلحاً أن يجعل احكاماً للمضاربة الصحيحة الا أنهم ما يصلحان أن يجعل احكاماً للمضاربة الفاسدة فمن أدرجهما في احكام المضاربة يريد احكامها احكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة لانا نقول لاشك ان ما ذكره في قرائنها من ركنها وشروطها وغيرها انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير ففي احكامها أيضاً لا بد أن يكون كذلك ولئن سلم صحة التعميم

لان المضارب يسير في الارض غالباً بالاربح (قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض ينتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطوا) ومشروعتها الحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غني عن التصرف فيه وبين مهتدي في التصرف صفر اليد (أي خالي اليد عن المال فكان في مشروعتها انتظام مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركن استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل دفعت اليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو أخذ هذا المال أو عمل به على ان مارزق الله فكذا وشروطها فوجان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم) بيان أن ثبوتها بالسنة والاجماع فانه صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقرهم) على ما روى أن العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحر أو ان لا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن قبله رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابايعانه من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الصحابة) من غير تذكير فكان اجماعاً قال (ثم المدفوع الى المضارب (٥٨) امانة في يده الخ) المدفوع الى المضارب من المال أمانة في يده لانه قبضة

بأمر مالكه لا على وجه البذل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزاً من المال بعمله وهو شائع في شركة واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب أجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح

لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غني عن التصرف فيه وبين مهتدي في التصرف صفر اليد عنه فست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقرهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب أمانة في يده لانه قبضة بأمر مالكه لا على وجه البذل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزاً من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل أجر مثله واذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراعاة الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً قال (ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل

للمضاربة الفاسدة أضاف الى الاحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضاً لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب أيضاً فيما سيجي أن يكون للعامل مثل أجر عمله ولا شك ان ليس للغاصب أجر قط لكونه متعدياً فلا مجال له في الغصب من أحكام المضاربة في شيء (قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئاً اهـ (أقول) ليس هذا بشيء لان الباع في قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفة السبب مجرد الاتصال والافضاء الى المسبب في الجملة لا التأثير فيه وانما التأثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك

وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم أن الشركة فيما ذاقفسره المصنف بقوله ومراعاة الشركة في الربح لا في رأس المال مع الربح أي لان رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانتهائهما لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضاً ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف أو فلولاً ساراً ثجة عند محمد وبماسواها لا تجوز وقد تقدم في كتاب الشركة

(قوله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه) أقول فيه مسامحة فانهم في الاصطلاح هي العقد المخصوص (قوله وركن استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول لعل المراد الالفاظ المستعملة (قوله وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول قال صاحب الكافي المضارب أمين أو لانه قبض المال باذن مالكه لا على جهة المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلاً وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة وعند الشروع في العمل وكيل لانه يتصرف فيه بأمره حتى يرجع لما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل الخ انتهى هذا بخلاف ما في الشرح من انه وكيل عند الدفع فليتامل



ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان عقد المضاربة يقبل الاضافة (٥٩) من حيث انه توكيل واجارة يعني أنه

مشتل على التوكيل والاجارة بالراء والاجارة بالزاي وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزاء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فانه لا يجوز المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخرج أما عند أبي حنيفة فلان هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد الخ وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله وإذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح وأما عندهما فلان التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري فلا مرفصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز

(قوله لئلا يخالف الكل الجزء) أقول قد سبق في كتاب الوكالة أن الأصل في المضاربة العموم وفي الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الكل الجزء (قوله وإذا لم يصح كان المشتري

ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند أبي حنيفة رجحه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري فلا مرفصير مضاربة بالعرض

كله في الاصول فتختلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعماله عند عدم ظهور الربح لا يحصل بصحة الكلام المذكور أصلا (قوله ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة) قال صاحب النهاية في بيان التعليق أي لان عقد المضاربة مشتل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب أن يكون المشتل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل أيضا لئلا يخالف الكل الجزء ٨١ واقتضى أثره صاحب العناية في هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء والاجارة بالزاي (أقول) فيه بحث أما أولا فلا أن المضاربة مالم تفسد لم تقصر اجارة بالراء كما صرحوا به ومر في الكتاب آنفا والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة والمضاربة بالصحة لا تشمل على الاجارة بالراء أصلا بل تنافيها قطعاً فلا معنى لدرجتها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المزبورة وأما ثانيا فلا أن لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع فإنا نعلم قطعاً مخالفة الكل لاجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الاحكام ألا يرى ان الواحد جرم من الاثنين والاول فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة أيضا متحققة قطعاً في كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق الاجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك وأما ثالثا فلا أن الوكالة والاجارة لا يمتثلان للجزئية من المضاربة أما الوكالة فلا أنهم اتفقوا على انها حكم من احكام المضاربة ولاشك ان حكم الشيء خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه وأما الاجارة فلا أنها أيضا حكم من احكامها على ما ذكره البعض وشي منافي لصحتها ضادلها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها حديث الجزئية في تمثية التعليق المزبور عما لا وجه له ولم أر أحدا حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه في تمثية ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال لانه لم يضاف المضاربة الى العرض وانما أضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان في المستقبل يجوز لانه وكالة أو ودعة أو اجارة وليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان في المستقبل اه نعم فيه أيضا شيء مما مر وهو ان المضاربة اجارة بعد فسادها لا في حال صحتها فلا معنى لدرج الاجارة في تعليل صحتها في الصورة المزبورة اللهم الا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كأنه قيل ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة الى زمان في المستقبل لا في حال صحتها ولا بعد فسادها فتأمل ثم أقول بقي لي بحث قوي في هذا الموضع وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ابداء ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا في محله بأن ما لا يصح اضافته الى زمان في المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة فإذا لم تصح اضافة الشركة الى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغي أن لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذا لا ريب ان ارتفاع منع أمور لا يجدي عند تحقق مانع آخر (قوله لان عند أبي حنيفة رجحه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع) وإذا لم يصح هذا التوكيل كان المشتري للمشتري والدين بحاله فكان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء لا يظهر أن يقال

للمشتري) أقول ولا يظهر أن يقال اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزئ مستلزم لعدم صحة الكل

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لأن شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز الشيء منافي له وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى (٦٠) عدم ثم فسر ذلك بقوله (فإن شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده

لأنه ربما لا يربح إلا هذا القدر فتقطع الشركة وهذا) أي وجوب أجر المثل (لأنه) عمل لرب المال بالعقد (ابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد) ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك في الربح (لكونه لرب المال لأنه نعمة ملكه) فتعين أجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة (ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف) قبل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لأن ذلك تغيير المشروع وكان وجوده كعدمه (وقال محمد يوجب بالغام بلوغ) كما ينافي الشركة ويجب الاجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأنه أجر وأجرة الاجر تجب بتسليم المنافع) كافي أجر الواحد فإن في تسليم نفسه تسليم منافعه (أو) بتسليم (العمل) كافي الاجر المشترك (وقد وجد) ذلك

(قوله ثم فسر ذلك بقوله فإن شرط الخ) أقول فيه إشارة إلى أن الفاء تفسيرية (قوله والمراد بالقدر المشروط

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كفاية عقد الشركة قال (فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلمصلحة لا يربح إلا هذا القدر فتقطع الشركة في الربح وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لأنه نعمة ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافا لمحمد كما ينافي الشركة ويجب الاجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الاجر يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد

إذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اهـ (أقول) قد مر من أن حديث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بأن الوكالة حكم من أحكام المضاربة مترقب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لأن تكون جزءا منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبي حنيفة من المصير إلى ما ذكره صاحب العناية والنهاية نعم أنهم ما قالوا أيضا بجزئية الوكالة من المضاربة فهم امرؤ ولكنهم ما أصابوا في ترك ذلك ههنا (قوله فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) ذهب عامة الشراح إلى أن هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والفاء في قوله فإن شرط للتفسير وزيادة عشرة أي على مباشرها كالنصف والثلث فله أي فله العامل (أقول) فيه نظر لأن هذه المسئلة التي هي مسئلة الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسير للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر القدوري لوجهين أحدهما أن المسئلة الأولى أعم من المسئلة الثانية لأن اشتراط دراهم مسماة لأحدهما ينشئ في صور متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدايع والذخيرة وغيرهما منها أن شرط أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر ومنها أن شرط لأحدهما نصف الربح أو ثلثه أو عشرة دراهم ومنها أن شرط لأحدهما نصف الربح أو ثلثه أو يزيد عشرة وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على أن كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لأنه ربما لا يربح إلا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به وأما اشتراط زيادة عشرة فأنما ينشئ في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الاختصاص مفسرا للأعم وثانيهما أن حكم المسئلة الأولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد المتخالفين في الحكم مفسرا للآخر فالحق عند أبي الفداء في قوله فإن شرط زيادة عشرة للتفريق والمقصود بالمسئلة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لأحدهما للتعاقدين وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكأنه قال إذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل إلا أنه ذكر في التفريق مع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف أن لا يغير المسئلة التي أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدوري ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة

المذكورة ما وراء العشرة) أقول في القاموس ورافة مثلثة الأخر مبنية والوراء مهموز لا معتل ووهم الجوهري ويكون خلف وأمام ضدو يؤنث انتهى فورا ههنا يعني القدام والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لأحدهما من الثلث والنصف إذا العشرة زيادة على ما شرط من الشركة في الربح (قوله لأن ذلك تغيير المشروع) أقول أي شرط العشرة

(وعن أبي يوسف لا يجب) له شيء إذا لم يرجح (اعتباراً بالمضاربة الصحيحة) فإنه فيها إذا لم يرجح لا يستحق شيئاً (مع أنها فوق الفاسدة) ففي الفاسدة أولى فإن قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوي فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد أجيب بأن الفاسد انما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين أحدهما الاعتبار بالصحة (٦١) والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره ولا يضمن كأجير الواحد وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له ان يؤجر نفسه في ذلك الوقت لا خزان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الواحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول أبي جعفر الهندي واني وقيل المذكور ههنا قول أبي حنيفة وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الاجير المشترك لأنه أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافاً لهما قال الامام الاسيبي في شرح السكافي والاصح أنه لا ضمان على قول الكل لأنه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يده

وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحة ولأنه عين مستأجرة في يده.

المذكورة بأن قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها) فإن قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوى لأبي يوسف رحمه الله فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه أدام العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل كذا في النهاية والعناية وعزاء صاحب العناية الى المبسوط (أقول) مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الاحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلاً بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر ما آله الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضاً بقوله ولأنه عين مستأجرة في يده لكن الكلام في جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليلاً مستقلاً عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والسكافي وغيرهما فقامل ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة (أقول) انما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والاجارة معاً وما إذا كان مراده بذلك أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعد فسادها فلا يخالفه بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقاً لما صرح به (قوله ولأنه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ عين مستأجرة يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الواحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سبل مفعول ولعل هذا أولى انتهى (أقول) فيه ان قولهم سبل مفعول مما بني للفعول وأسند للفاعل إذا لمفعول اسم مفعول من أفعلت الاناء ملائمة وقد أسند الى الفاعل لان السبل هو المائي لا المملوء بخلاف ما نحن فيه فان رأس المال ليس بفاعل للاستحجار قطعاً كما انه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سبل مفعول أو هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقاً لانه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه فحينئذ يجوز كما أشار اليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث

المضارب صحت أو فسدت أمانته لانه لما قصد أن يكون المال عند مضاربة فقد قصد أن يكون أميناً وله ولاية جعله أميناً ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي

(قوله تنعقد شركة لا اجارة) أقول يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة فليست أملاً (قوله والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سبل مفعول ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليل يشير الى أن المضارب) أقول في وجه الاشارة خفاء لا يخفى فليست أملاً (قوله لأن العين الواحد الخ) أقول فيه تأمل



نقال (وكل شرط يوجب جهالة في الربح) كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرط أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة لزدها (فأنه يفسد العقد لاختلال مقصوده) وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل المشرط من الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض وكانت حصة (٦٣) العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضعية

على رب المال) أو عليهما والوضعية اسم لجزءها لا من المال ولا يجوز أن يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم يفسد المضاربة قبل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس يبصر وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحقيقه

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب

(قوله وكانت حصة العمل مجهولة) أقول فإن قيل هذه جهالة لا تفضي إلى النزاع فينبغي أن لا تكون مفسدة قلنا العمل لا يفسدها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح الا قدر أجرة الدار والأرض فلا توجد الشركة فيه إذ لم يتعين أنه أجرة الدار وحصة من الربح فهذا معنى قوله فيكون

حصة العمل مجهولة قلنا مل (قوله والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول فيه بحث فإن هذا الكلام نفسه وان كان صحيحا في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام لأن المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويفسد الشرط فليست

قال المستأجر في الحقيقة إنما هو المضارب لكن سمي العين مستأجر العمل للمضارب فيه ثم إن جماعة من الشراح قالوا وهذا التعليل يشير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لا آخر وقال صاحب العناية والنهاية منهم في تعلييل ذلك لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لأجير الواحد أن يؤجر نفسه مستأجرين في الوقت الواحد انتهى (أقول) فيه بحث لأنه إن أريد بالعين الواحد في قوله ما لا أن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم أن نفسه لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد لأن الأجرة إذا كانت عقدا على العمل لأعلى المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجر الكثير من المستأجرين في وقت واحد كالقصار وراعى الغنم للعامة ونحوهما من الأجير المشترك لا سكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقدا المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجرا لا أكثر من واحد بخلاف أجير الواحد فإن الأجرة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لا آخر في الوقت الواحد كما تقرر في محله وإن أريد بالعين الواحد في قوله ما المزبور رأس المال فمسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في وقت واحد أي أن يكون في يد كل واحد منهما عملا في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الواحد بل جريان هذا المعنى في كل أجير مشترك فإن ما يعمل به من الأعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لا امتناع وقوع شيء واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب) قال في النهاية فإن قلت هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فإن هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لأن هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا تفسد المضاربة لأنه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك لأنه لا يمكن أن يرد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد وأما إذا كان شرط يمنع موجب العقد يفسد العقد لأن العقد انما شرع لإثبات موجبته انتهى (أقول) هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلا لأن كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود في المقام إذا المقصود ههنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن قسمي هذا الأصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قبل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في

حصة العمل مجهولة قلنا مل (قوله والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول فيه بحث فإن هذا الكلام نفسه وان كان صحيحا في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام لأن المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويفسد الشرط فليست

قال (ولا بد أن يكون رأس المال مسلما الى المضارب الخ) لا بد أن يكون رأس المال مسلما الى المضارب ولا يدرب المال فيه بتصرف أو عمل لان المال أمانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من النخلص للعمل لئلا يتمكن من التصرف فيسه وبقائه يد غيره يمنع النخلص وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان رب المال عاقدا أو غير عاقدا كالمعقود اذا دفع وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لأن يد المالك ثابتة وبقائه يد غيره يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان اذا دفع (٦٣) المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام

ملكه وان لم يكن عاقدا  
واذا شرط العاقد الغير المالك  
عمله مع المضارب فاما أن  
يكون من أهل المضاربة  
في ذلك المال أولا فان كان  
الاول كلاب والوصى اذا  
دفع مال الصغير مضاربة  
وشرط العمل مع المضارب  
جازت لانهم من أهل أن  
يأخذ مال الصغير مضاربة  
فكانا كالأجنبي فكان اشتراط  
العمل عليهم ما يجوز من المال  
جائزا وان كان الثاني كالأذن  
يدفع المال مضاربة فسدت  
لانه وان لم يكن مالكا ولكن  
يد تصرفه ثابتة فنزل منزلة  
المالك فيما يرجع الى التصرف  
فكان قيام يده ما نهى عن  
صحة المضاربة والله أعلم قال  
(واذا صححت المضاربة مطلقة  
الخ) المراد بالطلاق ما لا يكون  
مقيدا بزمان ولا مكان نحو  
ان يقول دفعت اليك هذا  
المال مضاربة ولم يزد على  
ذلك فيجوز للمضارب أن  
يبيع نقدا ونسيئة  
ويشتري ما بدله من سائر

قال (ولا بد أن يكون المال مسلما الى المضارب ولا يدرب المال فيه) لان المال أمانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن ينخلص المال للعامل لئلا يتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا أو غير عاقدا كالمعقود لان يد المالك ثابتة وبقائه يد غيره يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام المالك وان لم يكن عاقدا واشترط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من أهل المضاربة فيه كالأذن بخلاف الأب والوصى لانهم من أهل أن يأخذ مال الصغير مضاربة بأنفسهم فكذا اشتراطه عليهم ما يجوز من المال قال (واذا صححت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) لا طلاق العقد والمفقه ودمته الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكل من صنيعهم وكذا الابضاع والايادع والمسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان دفع في بلده ليس له أن يسافر لانه تعريض

نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجي فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس يصير وقوله بعده هذا بخروط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه (أقول) مضمون هذا الجواب وان لم يكن فاسدا في نفسه الا أنه مفسد للمعنى المقام لان معنى القسم الثاني من الاصل المذكور على ما صرح جوابه هو ان غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد أشار اليه المصنف بقوله كاشتراط الوضعية على المضارب فان الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضا حيث قال أولا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي فقال وكل شرط يوجب جهالة في الربح والخسارة لا يشك ان المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى (قوله) واذا صححت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة ههنا بأن لا تكون مقيدة بزمان

التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطل لانه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنيع التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لانهم من صنيعهم ويسافر لان المسافرة أيضا من صنيعهم واللفظ المضاربة مشتق من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة أنه ان دفع اليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له أن يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذا الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما أعطاه عالم الغربة كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه فظاهر الرأية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني انها من صنيع التجار

(ولا يجوز لأرب أن يضارب الآن بأذن له رب المال أو بقوله له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للكتاب والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فإنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والو كالة ثانياً وليس للودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذلك المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجي في مواضعها (بخلاف الإيداع والابضاع لأنهم مادونه فيضمن ما وبخلاف الاقراض فإنه لا يملك به وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعاً كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة على القرض أما الدفع (٦٤) مضاربة والشركة والخلط بما لنفسه فنصنعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول)

يعني قوله اعمل برأيك فإن قيل إذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل لهم اعتذرت جهة الجواز فينبغي أن يرجع على جهة عدم أجيب بأن كلام من جهتي الجواز وعدم صالح للعلية فلا يرجع غيرها بها كما عرف (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل) والتوكيل في شيء معين يختص به (وفي التخصيص) في بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الأسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة إذا لم يسافر فيجب رعايته وتوفير المأهول المقصود وهو الربح (وليس له أن يضع من يخرجها من تلك البلدة لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه لا يملك تفويضه إلى غيره)

(قوله لأن المضاربة تضمنت

على الهالك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلد له أن يسافر إلى بلد له لأنه هو المراد في الغالب والتظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب الآن بأذن له رب المال أو بقوله له اعمل برأيك) لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التخصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الإيداع والابضاع لأنه دونه فيضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة عليه أما الدفع مضاربة فنصنعهم وكذلك الشركة والخلط بما لنفسه فيدخل تحت هذا القول قال (وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة في تخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره

ولا مكان (أقول) - هذا تقصير منهم جداً لأنها إذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمال بمسألة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما سيأتي وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة (أقول) فيه أيضاً نوعان من دخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضاً مع أنها ليست مطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالأولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا مكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط إذا دفع مالاً مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وله أن يشتري بها ما يبدله من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب الآن بأذن له رب المال أو بقوله له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للكتاب والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فإنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولاً والو كالة ثانياً وليس للودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذلك المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه (أقول) الظاهر أن قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز إذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لأن حاصله إقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره يتضمن المضاربة الأمانة والو كالة اللتين لا يجوز فيهما الإيداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقص بالصورة المزبورة على الدليل

المذكور أقول بخلاف المأذون لأن الثابت بالأذن فكأن الجرح من العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالية الأصلية ولما كان كذلك كان فكأن الجرح عن التجارة بمنزلة إسقاط الملك عن العبد بالاعتاق لأن فكأن الجرح عبارة عن إسقاطه ثم المعتقد يعتق عبده فكذلك المأذون بأذن عبده فلا يخفى عليك ما في تقرير الشارح من القصور (قوله والجواب عن البواقي سيجي في مواضعها) أقول أي من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البواقي كما سيجي فليتأمل (قوله أجيب بأن كلام من جهتي الجواز صالح للعلية فلا يرجع غيرها بها) أقول لا يظهر فلا يرجع أحدهما بالآخر (قوله وفي التخصيص في بلد بعينه) أقول في تخصيصه بالبلد كلام والظاهر هو التعميم للسلعة أيضاً فإن السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس إلى بعضها أكثر



فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف أمره) فصار غاصبا (وان لم يشتره الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق) فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والقرض خلافه وانما قال يرجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبدوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفسه الاخراج (واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه وأخرج البعض منه ولم يشتره ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا) من البقاء في يده (٦٥) بالعقد السابق وأما اذا اشترى

ببعضه فيه ويبعض آخر في غيره فهو ضمان لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضعته لتحقيق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد أشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبدوط قال المصنف (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفسه الاخراج وانما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير) لا يقرر لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشترى في سوق الكوفة

قال (فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير أمره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بهما وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفسه الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفسه الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشترى في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالجرح والولاية اليه

المذكور في الكتاب وهو قوله لان الشئ لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهو لا يتصرفون بحكم الملكية أما المأذون فلا ان الاذن فلما جرح ثم رجع بذلك يتصرف العبد بحكم الملكية الاصلية وأما المكاتب فلا نه صار حرايدا وأما المستأجر والمستعير فلا نه ماملا كما المنفعة (قوله ورجع المال مضاربة على حاله) قال صاحب النهاية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والقرض خلافه وانما قال يرجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبدوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفسه الاخراج اهـ (أقول) قوله انه رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء بخلاف لما حققه المصنف وغيره فيما سياتي من ان شرط الشراء في رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفسه الاخراج اذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير أيضا فالجواب أن يكتب بأن يقال ان المضاربة زائلة بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر ورد المال الى البلد الذي عينه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى أصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا موقوفا غير موقوف على شئ (قوله الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالجرح والولاية اليه) قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة انه لو قال بيع بالنسيئة ولا تبع

(٩ - تكملة سابع) حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالجرح والولاية اليه) ونقض بما لو قال على أن تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على أصل وهو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كال تخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض فان البيع نقدا بثمن كان عن النسيئة خير ليس الا فكان التقييد مضرا وأما الثالث فكأن النهي عن السوق فانه مفيد من وجهه من حيث ان (قوله وغيره) أقول أي غير المفيد (قوله كذلك لغو) أقول أي من كل وجه (قوله فان البيع نقدا بثمن كان عن النسيئة) أقول جلة كان صفة بثمن واسم كان ضمير راجع اليه وقوله عن النسيئة خير كان

البلدات أما كن مختلفة حفية وهو ظاهر وحكامه اذا شرط الحفظ على المودع في محله ليس له أن يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار أيضا باختلاف اما كنه وغير مفيد من وجه وهو أن المصير مع تبين أطرافه جعل مكان واحد كما اذا شرط الايفاء في السلم بأن يكون في المصير ولم يبين الحالة فاعتبرناه حالة النصريح بالنهي لولا به الحجر ولا يعتبر عند السكوت عنه والله أعلم قال (ومعنى التخصيص الخ) ذكر اللفاظ تدل على التخصيص وتقرير كلامه ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا أي به هذه اللفاظ والغرض من ذكر التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجلة ذلك ثمانية ستة منها تفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو (٦٦) ان رب المال اذا أعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم

جاء لمتعلقا به لئلا يلغو وإذا أعقبه ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتهاء الضرورة على هذا اذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو في مكان كذا أو قال خذ هذا المال فاعمل به في الكوفة أو قال خذ هذا المال فاعمل به في الكوفة عجز وما مرفوعا وكلام المصنف يحتملها أو قال فاعمل به في الكوفة أو قال خذ هذا المال فاعمل به في الكوفة أو قال خذ هذا المال فاعمل به في الكوفة ولم يذكر المصنف لأن قوله يعمل به بالرفع يعطى معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح أن يندى بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على أن تعمل شرطا والمفيد منه متعبر وهذا يفيد صيانة المال في المصروف وقوله يعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذ مضاربة وقوله فاعمل به في

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال فاعمل به في الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لأن انتهاء الموصول أو قال خذ هذا بالنصف بالكوفة لأن الباء للإصاق أما اذا قال خذ هذا المال فاعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة

بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهي اذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت قلنا هذا مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة خلافا لفرق وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافا لفرق لانه مخالفة بالخير اه (أقول) في كل واحد من السؤال والجواب خبط أما في الاول فلا ن قوله أو على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بيع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لافي الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية وأما في الثاني فلا ن قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فبما اذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متناوئ لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير أيضا وهذا ظاهر جدا فالجواب أن بطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ) يعني ان معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا به هذه اللفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الاضافات وما لا يفيد ذلك على ما عرفت واثنان منها لا يفيد التخصيص والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلذذ به ابتداء ويصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا به لئلا يلغو ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقا بما قبله لانتهاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكره هنا في جملة الشروح والكافي (أقول) في شيء وهو أنهم اتفقوا على ان قول رب المال خذ هذا المال فاعمل به في الكوفة برفع تعمل ويجزئه من تلك اللفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع انه يصح الابتداء بعمل مرفوعا على أن يجعل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء بلفظين اللذين حصرنا فيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهو ما قوله فاعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله يعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضا فتأمل (قوله أما اذا قال خذ هذا المال فاعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة) فان قيل لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله أدالي ألفا وانت حر قلنا لانه غير صالح للحال

الكوفة في معناه لان الفاء فيها الموصول والتعقيب والمتمصل المتعقب اليهم تفسير له وكذا قوله خذ هذا بالنصف بالكوفة لان ههنا الباء للإصاق ويقتضى الإصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو ان يكون العمل فيها وإذا قال دفعك البك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو أو به فقد أعقب ما يصح الابتداء به أما بغير الواو فواضح وأما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجوز مشورة كأنه قال ان فعلت كذا كان أنفع فان قيل فلم لا يجعل الواو للحال كما في قوله أدالي ألفا وانت حر قلنا لانه غير صالح للحال (قوله فاعمل قوله على أن تعمل شرطا) أقول شرطا مفعول ثان لجعل (قوله وقوله يعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذ مضاربة) أقول ويجوز أن يكون استثناء فإني (قوله وأما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به) أقول اذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء به وان لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتأمل

أجيب بعدم صلاحته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ ل حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مقيدا لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء وقضاء ومناقشة في الحساب والتزهد عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة حازلار فائدة الاول يعني من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشتري بها فقد وحد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لاعتبار غيره (قوله وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك) يعني غير الممكن في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى اللفظ الاول أن يكون شراؤه من كوفي لامن غيره سواء كان بالكوفة أو غيرها وتقريره أن مقتضى اللفظ قد ترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ولما لم يخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دل على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله (وكذلك ان وقت المضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مقيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان والله أعلم قال (وليس للمضارب (٦٧) أن يشتري من يعتق على رب

المال الخ) وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها كالمحلول بعته لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعنفه فالعقد لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكالة بشرائه عبيد مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرار التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشترى عبيدا أبيعها فاشترى من يعتق عليه كان

ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مقيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة حازلار فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال (وكذلك ان وقت المضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بعبثيه) لانه لو كبيل فيتوقف بما وقته والتوقيت مقيد وانه تقييد بالزمان فصلا كالتقييد بالنوع والمكان قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها) لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعنفه ولا هذا لا يدخل في المضاربة شرا مالا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالمسته بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالمكيل بالشراء اذا خالف قال (فان كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه) لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمنع التصرف فلا يحصل المقصود (وان اشتراهم ضمن مال المضاربة) لانه يصير مشتريا بالعبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة

ههنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا في النهاية هوامة الشروح (أقول) ينتقض هذا الجواب عما اذا قال خذه هذا المال ثم عمل به بالكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما يفيد التخصيص وقد صرح في النهاية ومعراج الدراية بأن قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التي ذكرها في الجواب المزبور لعدم صلاحية

مخالفا وهذا أي ويكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل في المضاربة شرا مالا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالمسته لان نفاذ التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل أي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالمكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احد ترا عن الصبي والعبد المحجورين فان شراهما يتوقف على اجازة الولى والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثله ذلك لانه قضى عمال المضاربة ديناء عليه وأما شرا من يعتق على المضارب فبغيره تفصيل اما أن يكون في المال ربح أو لا فان كان لم يجز له أن يشتري به لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لان نفاذ جواز بيعه لكونه مستسما عند أبي حنيفة أو يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزؤ الاعتاق فيمنع التصرف فينتفي المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا بالعبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة

(قوله لان العمل انما يكون بعد الاخذ ل حال الاخذ) أقول وجعله حالا مقدره خلاف الظاهر



وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشترى به لا لتفاد المانع من التصرف حيث لا شركة له فاذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم  
 لتملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة أي نصيبه من الربح أمر حكيم لا يصنع له في ذلك فصار كما اذا  
 ورثه مع غيره كأمراة اشترت ابن زوجها فانما عتق نصيب الزوج ولا يضمن لغيره شيئا لعدم الصنع منه ويسعى  
 العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصه رب المال من الربح لانه احتسبت مالبة العبد عند العبد  
 فيسعى العبد فيه كما في الوراثة قال (فان كان مع المضارب ألف بالنصف الخ) وان كان مع المصارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها  
 ألف فوطئها فجاءت بولدين أو ابنة واحدة ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي مؤسر فان شارب المال استسعى الغلام في ألف  
 ومائتين وخمسين وان شاء أعنفه ولا يضمن المضارب شيئا وانما قيد بقوله والمدعي مؤسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة  
 المضارب وهو ضمان اعتاق (٦٨) في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف بالبدل والاعسار فكان الواجب أن

المضارب وهو ضمان اعتاق

(٦٨)

يضمن المضارب اذا كان  
 مؤسرا ومع ذلك لا يضمن  
 ووجه ذلك أن الدعوة  
 صحيحة في الظاهر لصدورها  
 من أهلها في محلها جلا  
 على الفراش بالنكاح بأن  
 زوجها منه البائع ثم باعها  
 منه فوطئها فعاقبت منه  
 لكنه أي الادعاء لم ينفذ  
 لفسق شرطه وهو الملك  
 لعدم ظهور الربح لان كل  
 واحد من الام والغلام  
 مستحق برأس المال كمال  
 المضاربة اذا صار أعيانا كل  
 واحد منهما يساوي رأس  
 المال كما لو اشترى بألف  
 المضاربة عبيدين كل واحد  
 منهما يساوي ألفا فانه  
 لا يظهر الربح واذا لم يظهر  
 الربح لم يكن للمضارب في  
 الجارية ملك وبدون الملك  
 لا يثبت الاستيلاء واعتصر  
 وجهين أحدهما أن

(وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشترى به) لانه لا مانع من التصرف اذا لشركة له فيه ليعتق عليه (فان  
 زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لانه لا يصنع  
 من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع  
 غيره (ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه) لانه احتسبت مالبة عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال (فان كان  
 مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولدين أو ابنة واحدة ثم بلغت  
 قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي مؤسر فان شارب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وان  
 شاء أعنفه) ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر جلا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفسق شرطه وهو  
 الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما أعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار  
 أعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح  
 فنفذ الدعوة السابقة

قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ جارية بعينها في قوله تعمل به  
 بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح الحال أيضا وان قالوا هذا حال مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم  
 ومقصرين يرد أن يقال لم لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تخصم مادة الاشكال  
 بذلك الجواب ثم أقول الجواب التام عن أصل السؤال والخامس مادة الاشكال أن يقال ان قوله واعمل  
 به بالكوفة جملة انشائية وقد تقر في العلوم العربية أن الجملة الانشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء  
 كتبت مع الواو أو بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتنبهوا بما  
 يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا  
 بأنه لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ولم يزد على هذا  
 شيئا فهو أيضا غفيل عن عدم صلاحية الجملة الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك  
 ما أورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر  
 فكان أنه أيضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا (قوله والمدعي مؤسر) قال الشراح وانما قيد

الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فثبت كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربها والثاني أن المضارب اذا  
 اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوي ألفا كان له ربهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح وأجيب عن الاول بأن  
 تعيينها كان لعدم المزاحم لانهما رأس المال فان رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المراجعة فذهب تعيينها ولم يكن أحدهما  
 أولى بذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال وعن الثاني بأن المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان جملة  
 واحدة واذا اعتبر ارجح لجهة حصول البعض وبما يختلف العبدان فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق  
 أجناسا مختلفة عند أي حنيفة قول واحد او عند أي حنيفة قول واحد أيضا في رواية كتاب المضاربة واذا امتنع اقسمة لم يظهر الربح فكان كل  
 واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان  
 موجودا وهو فراش النكاح لانهم لم تنفذوا جود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا

بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء لعنق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك حدوث الملك وأما ما نحن فيه فاختار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فإنه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعنق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لان عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا وأصله مسئلة السفينة والقدرح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمنان الاعتاق يعتمد ذلك وان انتفى الضمان بقي أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعاها لا احتباس ماله عند نفسه وان شاء أعتق لكونه قابلا للعتق (٦٩) فان المستسعى كالمكاتب عند

أبي حنيفة ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لان الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار قبل لا يجعل الجارية رأس المال والولد كله رجحا وأوجب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للتمانس وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم اذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لان الألف المأخوذ من الولد المستحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح

بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء لعنق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا فاختار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمنان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد (وله أن يستسعى الغلام) لانه احتسبت ماله عند نفسه وله أن يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لان الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لان الألف المأخوذ المستحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء فظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفساد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولده ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمنان تملك وضمنان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثته يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ماهر

بقوله والمدعى موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمن اعتاق في حق الولد وضمنان الاعتاق يختلفان باليسار والاعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن اه كلامهم (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها سيما اذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما سبأني بقوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمنان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد اه فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور أن يقال انما قيد به تنبيه على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره لانه اذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلا يلزم لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره أولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فإنه يحتمل أن يكون محمولا على حالة اعساره فقط (قوله ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لان الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار) قال في الكافي فان قيل لماذا لا تجعل الامه رأس المال وجب للولد رجحا قلنا لان ما يجب على

فتكون بينهما وقد تملك المدعى نصيب رب المال منها بجعلها أم ولدا بالدعوة السابقة فيضمن وضمن التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثته فإنه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات الزوج وترك الجارية مبرا بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فإنه ضمنان اعتاق وهو تلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر إشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والمالك والمالك آخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالنكسب

(قوله وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء الخ) أقول وجوابه أن الاستسعاء مقدم لان الولد أصل في الدعوة والحريه والام تبعه وينبغي أن يكون مراد المحجب هذا

### باب المضارب يضارب

قال (واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يرجع فاذا ربح ضمن الاول لرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا عمل به ضمن ربح أولم يرجع وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع على أولم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الابداع وهذا الدفع على وجه المضاربة والله ما أن الدفع ابداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولا يبي حنيفة أن الدفع قبل العمل ابداع

الولد من السعي عاية من جنس رأس المال والامسة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعي عاية لرأس المال أولى اه واقتنى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال اه (أقول) نظره ساقط جدا لانا لو جعلنا الجارية رأس المال لم نعتق بالاستيلاء لان من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير أن تجعل هي رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا نعتق فلا يجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشراح لكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسعاء مقدمة لان الولد اصل في الدعوة والحرية والام تبعه وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا اه (أقول) الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح أن يكون جوابا على أصل السؤال كما أشار اليه المصنف بقوله لان الالف المأخوذ لما استحق رأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء فظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما اه الا أنه لا يصلح ان يكون مراد المجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو كان مراده هذا المأزلة ذكره بالكلية وتثبت بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في غشية هذا الجواب اذ التقدم في الاستسعاء والاستيفاء أمر مستقل في اقتضاء كون الالف المأخوذ من الولد رأس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا عنه قال قلت الولد ارجحها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته اه (أقول) لا يرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال هو الالف المأخوذ منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب اظهر الربح من جهته أن يكون الالف المأخوذ منه أيضا من الربح تأمل تقف

### باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلوا الاولى ابدأ فكذا بيان حكمها كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندي وذكره في ما وجه آخر أيضا هو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلوا المفرد ابدأ واختاره صاحب الغاية والعناية (أقول) فيه تعسف لان مضاربة المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا أنها مفردة أيضا غير مركبة من المضاربتين قطعاً لا ترى ان الثاني ابدأ يتلوا الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه

باب المضارب يضارب  
مضاربة المضارب مركبة  
فأخرها عن المفردة اختلاف  
علما وثاني موجب الضمان  
على المضارب اذا دفع  
المال الى غيره مضاربة ولم  
يأذن له رب المال فروي  
الحسن عن أبي حنيفة  
أنه لم يضمن بالدفع ولا يتصرف  
المضارب الثاني حتى يرجع  
فالوجوب هو حصول الربح  
فان ربح الثاني ضمن الاول  
لرب المال وقال أبو يوسف  
ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا  
عمل به ضمن ربح أولم يرجع  
ثم رجع أبو يوسف وقال  
ضمن بالدفع وبه قال زفر لان  
ما ملكه المضارب هو  
الدفع على سبيل الابداع  
لعدم الاذن بغيره ودفع  
المضارب مضاربة ليس على  
وجه الابداع فلا يملكه  
وله ما ان دفعه ابداع  
حقيقة وانما يتقرر كونه  
للمضاربة بالعمل فكان الحال  
قبله مراعى أى موقوفا  
ان عمل ضمن والا فلا ولا يبي  
حنيفة ان الدفع قبل العمل  
ابداع



وبعد ابطاع والفعلان على كلهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفا  
لاشتراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا أي وجوب الضمان على الاول أو عليهما  
بالربح أو العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة وأطلق القول ليتناول (٧١) كلا منهما فان الاولى اذا كانت

فاسدة أو الثانية أو كليهما  
جميعا يضمن الاول لان  
الثاني أجبر فيه وله أجر مثله  
فلم تثبت الشركة الموجبة  
للضمان فان قيل اذا  
كانت الاولى فاسدة لم يتصور  
جواز الثانية لان مبناها  
على الاولى فلا يستقيم  
التقسيم أجيب بأن المراد  
بجواز الثانية حينئذ  
ما يكون جائزا بحسب  
الصورة بأن يكون المشروط  
لثاني من الربح مقدرا  
ما تجوز به المضاربة في الجملة  
بأن كان المشروط للاول  
نصف الربح ومائة مثلاً  
وللثاني نصفه (قوله ثم  
ذكر في الكتاب) يعني  
القدوري (ضمن الاول ولم  
يذكر الثاني وقيل) اختياراً  
منه لقول من قال من  
المشايع (ينبغي أن لا يضمن  
الثاني عند أبي حنيفة  
وعندهما يضمن بناء  
على اختلافهم في مودع  
المودع ومنهم من يقول رب  
المال بالخيار بين تضمين  
الاول والثاني) في هذه المسئلة  
(باجماع) أصحابنا (و) هذا  
القول (هو المشهور) من  
المذهب (وهذا عندهما ظاهر  
وكذا عنده) لكن لا بد من بيان

وبعد ابطاع والفعلان على كلهما المضارب فلا يضمن بهما الا أنه اذا ربح فقد أثبت له شركة في المال  
فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل  
الثاني لانه أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل  
ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع  
وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر  
وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون  
ضامناً أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامناً ثم ان ضمن الاول صححت المضاربة  
بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرط لانه طهرانه ملكه بالضمان

قطعا وانما المركب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى جاز أن يحصل  
من مجموعهما أمر مركب في العقل لكنه ليس بدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب  
(قوله وبعد ابطاع) قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنتز  
للعامة الزيلعي اه (أقول) ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه ههنا بأنه ابطاع انما هو الدفع  
لا عقد المضاربة والذي ينافي الابطاع ويلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما  
يلتزم الابداع قبل العمل والابطاع بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل  
الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى وأما ما في شرح الكنتز  
للعامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه توكيل فانه قال فيه ووجه المروى عن أبي حنيفة ان العقد  
المجرد لا يوجب الضمان وله هذا لا يضمن الفضول بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه  
ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه توكيل فليس عليه ما بيننا من قبل اه ولا يخفى أن المفهوم منها  
ان المضارب وكيلا لان الدفع نفسه توكيل ولا كلام في ان المضارب وكيلا بحكم عقد المضاربة وأما أنه  
وكيلا بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة) قال في النهاية ومعراج  
الدراية أي الضمان عليهم ما عند الربح أو العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة  
صحيحة وقال في العناية وشرح العيني أي وجوب الضمان على الاول أو عليهما بالربح أو العمل على  
ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة (أقول) لا يحتمل أن يكون المشار اليه ههنا وجوب الضمان  
عليهما ما أي على المضارب الاول والثاني بل كون المشار اليه ههنا هو الضمان على الاول متعين لان  
المذكور في الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم يمر من المصنف الى الآن شيء يشعر بضمان الثاني  
أضاف كيف يصح أن يجعل كلمة هذا ههنا إشارة الى الضمان عليهم ما وسان اسم الإشارة أن يشار به الى  
المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله ووجوب الضمان على الثاني  
مما لم تشم رائحته قط الى الآن فضلا عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على أن المصنف ههنا قصد  
بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الاول لرب المال وأما ان الثاني هل يضمن أيضاً أم لا فينبينه بعدم مفصلاً  
بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني الخ فهو ههنا بمنزلة عن (قوله لانه ملكه بالضمان

فرق بين هذه المسئلة ومثله مودع المودع (ووجهه) أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة  
نفسه) من حيث شركته في الربح (فجاز أن يكون ضامناً ثم ان ضمن الاول صححت المضاربة) الثانية (لانه ملكه بالضمان

#### باب المضارب يضارب

قال المصنف (وبعد ابطاع) أقول فيه بحث والظاهر أن يقول توكيل كما في شرح الكنتز العلامة الزيلعي

من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجوع على الاول بالعقد) أي بسببه (لانه عامر له) أي المضارب الاول (كافي المودع) واعترض بأن كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامر للمضارب الاول وأجيب باختلاف الجهة (٧٣) يعني أن المضارب الثاني عامر لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث انه في

الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامر لنفسه ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ (ولانه مغرور ومن جهته في ضمن العقد) فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المضاربة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار (وتصح المضاربة) الثانية (والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء وبطبيب الربح الثاني ولا بطبيب الاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خيب فيه والاول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خيب) لانه ثابت من وجه دون وجه وسيله التصديق قال (فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال بطبيب لهما ذلك أي للمضارب الاول والثاني الثلث والسادس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين الا ترى أنه لو أضع المال مع غيره أو أضعه رب المال حتى

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجوع على الاول بالعقد لانه عامر له كافي المودع ولانه مغرور ومن جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء وبطبيب الربح الثاني ولا بطبيب الاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خيب فيه والاول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خيب قال (فاذا دفع رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني ورجع فان كان رب المال قال له على أن مارزق الله فهو بينهما نصفان فرب المال النصف والمضارب الثاني الثلث والمضارب الاول السدس) لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فيصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر الثلث للجميع الثاني فيكون له فلم يبق الا السدس وبطبيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف درهم (وان كان قال له على أن مارزقك الله فهو بينهما نصفان فالمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان) لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فاقرقا (ولو كان قال له فمارجحت من شيء فيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال) لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفروض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن مارزق الله تعالى في نصفه أو قال فما كان من فضل فيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول) لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فيصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استوجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه مثله (وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله) لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم يتفقد في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة ليكون المسمى معلوما في عقد بملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غرم في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل انما يمتشي على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر وعند أي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى لا تحقق المخالفة بالدفع مالم يعمل وعند أبي حنيفة رحمه الله لا تحقق بالدفع ولا بالعمل مالم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الالهم بالبيان والتعليل ههنا قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهم لكونه ظاهرا الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتأمل في التوجيه

ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان المغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لا آخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسد كفه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه (قوله واعترض الى قوله وأجيب باختلاف الجهة) أقول المعترض والحجيب هو الاتقاني (قوله والظاهر من كلامه عدمه) أقول أي عدم التناقض (قوله ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه) أقول الظاهر أن الام للنفعة

(فصل

**فصل** لما كان المضارب بعد ادخال عقد المضاربة أو رب المال حكم غير ما ذكره في فصل على حدة فقال (وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) ففوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئا أن عبد المضارب والأجنبي وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعاً وصارت المضاربة مع الرجلين وإن لم يشترط عمل الأجنبي معه صحمت المضاربة مع الأول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فمكون رب المال لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمنان العمل ولم يوجد من ذلك شيء وفوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما إذا لم يشترط ذلك فإن فيه تفصيلاً إما أن يكون على العبد دين أو لا فإن لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال لأنه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطاً في حق مولاه لأن ما هو شرط للعبد شرط لمولاه إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فإن كان عبد المضارب (٧٣) فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت

عنه فيكون رب المال لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لأنه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة إذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وإن كان عبد رب المال فالمشروط رب المال بخلاف وأما إذا شرط أن يعمل العبد وهو المذکور في الكتاب صريحاً فهو جائز على ما شرط سواء كان على العبد دين أو لم يكن (لأن للعبد ما يعتبره لاسيما إذا

**فصل** (وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لأن للعبد ما يعتبره خصوصاً إذا كان مأذوناً واشترط العمل أذنه ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذاً ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلى بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ماله وإذا صحمت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو للغرماء هذا إذا كان العاقده هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح أن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف والله أعلم

**فصل** (قوله وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغیر وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد رب المال فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فإن الحكم في عبد المضارب كذلك أيضاً ونقل عن الذخيرة والمعنى تفصيلاً يدل على ذلك وقال صاحب معراج الداراية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فإن حكم عبد المضارب كذلك وكذا الوشرط لأجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال وقيل قيد بعبد رب المال لأن فيه خلافاً لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لا خلاف وجه قول البعض أن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعبد نقل

(١٠ - نكمله سابع) كان مأذوناً واشترط العمل أذنه ولهذا (أي ولأن للعبد ما يعتبره لا يكون للمولى ولاية أخذاً ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ولهذا) أي ولأن العبد ما يعتبره خصوصاً إذا كان مأذوناً (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعني إذا كان مديوناً على ما سيحى (وإنما كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعاً من التسليم والتخلى بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ماله وإذا صحمت المضاربة (والشرط) يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا إذا كان العاقده هو المولى ولو عقد المأذون له الخ) ظاهر

**فصل** وإذا شرط المضارب (قال المصنف) (ولعبد رب المال ثلث الربح) أقول قال السكاكي قيد بعبد رب المال لأن فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وجه قولهم أن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى وفيه بحث لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث (قوله فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني) أقول فيه تأمل (قوله فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي) أقول عبد أو حر ابن المضارب أو زوجته أو غيرها



وهو عزل المضارب وقسمه  
مال المضاربة في هذا  
الفصل قال ( واذا مات  
رب المال أو المضارب  
بطلت المضاربة الخ ) اذا  
مات رب المال أو المضارب  
بطلت المضاربة لانه توكيل  
على ماتقدم وموت الموكل  
ينبطل الوكالة ورد بأنه لو  
كان توكيلا لما رجع  
المضارب على رب المال  
مرة بعد أخرى اذا هلك  
التمن عند المضارب بعدما  
اشترى شيئا كالوكيل اذا  
دفع اليه الثمن قبل الشراء  
له وهلك في يده بعده فانه  
يرجع به على الموكل ثم لو  
هلك بعدما أخذه ثانيا  
لم يرجع به عليه مرة  
أخرى وبأنه لو كان توكيلا  
لا تعزل اذا عزله رب المال  
بعد ما اشترى بمال  
المضاربة عروضا كافي  
الوكيل اذا علم به وبأنه لو  
كان توكيلا لما عاد  
المضارب على مضاربه  
اذا لحق رب المال بدار  
الحرب مرتدا ثم عاد مسلما  
كالوكيل والجواب عن  
ذلك كله سأنى

فصل في العزل والقسمه **ك** أى فى عزل المضارب وقسمته الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر فى هذا الفصل الحكم الذى يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمه بعد تحقق مال الربح (قوله واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لانه تو كبل على مائه قدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال فى العناية أخذ من النهاية ورد بأنه لو كان تو كبل للمار جع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالو كبل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك فى يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك بعد ما أخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة أخرى وبأنه لو كان تو كبل لا نعزل اذا عزل رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضاً كفى الوكيل اذا علم به وبأنه لو كان تو كبل للمار عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلماً كالو كبل والجواب عن ذلك كله مما أتى انتهى كلامه يريد بالجواب الآتى عن الرد الاول ما أتى فى الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة

فصل في العزل والقسمه  
(قوله ثم عاد مسلما كالوكيل)  
أقول قال الانتقاني فإنه اذا  
رجع الموكل مسلما لا تعود  
الوكالة في ظاهر الرواية  
خلافا لما روى عن محمد

وقد صرح في باب عزل الوكيل

(وان ارتد رب المال عن الاسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان اللعوق بمنزلة الموت  
ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحقوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه  
يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه

والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الا ترى عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضا في هذا الفصل من بيان  
علة عدم انزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الا ترى عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح  
في المسئلة الا ترى المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة (أقول) الذي يعلم مما ذكر في  
المواضع الثلاثة الا ترى انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاث وبذلك  
لا يحصل الجواب عن الرد بالوجه الثلاثة المذكورة ههنا لان حاصل الفتح في الدليل الذي ذكره  
المصنف بقوله لانه لو قيل بأنه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاث المزبورة  
وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل  
المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيما كدره والاشكال فان قلت المراد بما في  
الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يندفع فيه اخلافا فهم ما في الوجوه  
الثلاثة المذكورة قلت حينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض  
الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انما توكيل في بعض الاحكام  
الذي من جملة ما نحن فيه قلنا حينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا أصلا بصيرورته  
أخفى من المدعى ولا أقل من أن يصير مثله المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل (قوله)  
وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح هـ اذا لم يعد مسلما  
أما اذا عاد هـ لما قبل القضاء بلحاظه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان أما قبل القضاء بلحاظه  
فلا نه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعد القضاء به فلمكان حق المضارب كما لو كان  
مات حقيقة وعزاه جماعة منهم الى الميسوط (أقول) فيه اشكال أما أولا فلا نه لومات حقيقة بطلت  
المضاربة قطعا كما مر في المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح قولهم كالمات حقيقة اللهم اذ أن يقيد  
قولهم كالمات بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب وأما ثانيا  
فلا نه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاظه هي مكان حق  
المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما اذا لم يعد أيضا بهذه العلة فليست تأمل ثم أقول الذي يظهر من تعليل  
المصنف هذه المسئلة ومما ذكر في بعض المعتمديات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد  
مسلم وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتد اسميا بعد القضاء بلحاظه أما ظهور ذلك من تعليل  
المصنف هـ هذه المسئلة فلانه قال في تعليله اياها لان اللعوق بمنزلة الموت عندنا لا يرى أنه يقسم ماله  
بين ورثته ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا بما هو  
بمنزلة الموت وأما ظهره هـ ومما ذكر في بعض المعتمديات فلانه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع  
المضارب أو اشتري بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة ان يرجع الى الاسلام بعد ذلك  
نقد ذلك كله والتحقيق رده بالعدم في جميع أحكام المضاربة وضار كأنه لم يرتد أصلا وكذا اذا لحق بدار  
الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم  
بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه  
بطلت المضاربة اهـ ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب بطلان  
المضاربة لو عاد مسلما بعد أن يحكم بلحاظه بدار الحرب ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم  
بلحاظه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل أن يحكم بلحاظه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم

وان ارتد رب المال عن  
الاسلام والعياذ بالله ولحق  
بدار الحرب بطلت المضاربة  
يعني اذا لم يعد مسلما أما اذا  
عاد مسلما قبل القضاء أو  
بعده فكانت المضاربة كما  
كانت أما قبل القضاء فلانه  
بمنزلة الغيبة وهي لا توجب  
بطلان المضاربة وأما بعده  
فلحق المضارب كالمات  
حقيقة وأما قبل لحوقه  
فيتوقف تصرف المضارب  
عند أبي حنيفة لان المضارب  
يتصرف لرب المال فكان  
كتصرف رب المال بنفسه  
وتصرفه موقوف عنده  
فكذا تصرف من يتصرف له

ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قوله - ثم جعلا حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على رذته أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطنا لأن عبارة صحيحة لأن محتمل بالآدمية والتميز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة (٧٦) وتوقف تصرف المرتد في حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم

به فبقيت المضاربة خلافاً لما لحقه في العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة لأن حكم العهدة يتوقف برذته لأنه لو لم يمت له لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور إذا توكل عن غيرة بالبيع والشراء وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالحهدة عليه ويرجع على رب المال قال (فإن عزل رب المال المضارب الخ) إذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد استتوقف على علمه وإذا علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنع العزل عن ذلك نقداً أو نسيئة حتى لو نسيء عن البيع نسيئة لم يبرأ منه لأن حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتنى على رأس المال بتميزه ورأس المال انما ينض أي يتيسر ويحصل بالبيع ثم إذا باع شيئاً لا يجوز أن

(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لأن عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال (فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد استتوقف على علمه (وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنع العزل من ذلك) لأن حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما ينقض بالبيع قال (ثم لا يجوز أن يشتري بتمنأ شيئاً آخر) لأن العزل انما يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقداً في عمل العزل (فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها) لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة قال وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استخساراً لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض

بموته وإن الظاهر من إطلاق قوله فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلماً فيما سبق بطلان ما بعد القضاء بلحاظه وإن عاد مسلماً وقال الإمام السيوطي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فإن القاضي يجزى البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هو على المضاربة بالولاية الأصلية فيستوقف ويبطل بالموت أو بالقضاء بالحق ولو لم يرفع الأمر إلى القاضي حتى عاد المرتد مسلماً جاز جميع ذلك على المضاربة لأنه انتقضت رذته فبطل اتصال الفضايم فبطل حكمها اهـ ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضاً أنه لو عاد مسلماً بعد القضاء لم يبق له بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) في معنى كلام المصنف هذا احتمالان عقليان أحدهما أن يكون قوله هذا ناظر إلى قوله وإن ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد فاللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها أي هي غير باطلة وثانيهما أن يكون قوله هذا ناظر إلى قوله وقبل لحوقه بتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها أي لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة أيضاً بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعاً وقد ذهب إلى المعنى الأول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت أحدهما ولحق المالك مرتداً بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتداً حيث لا تبطل المضاربة لأنه عبارة صحيحة اهـ واقتنى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الإصلاح والابضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية أيضاً حيث أضيف فيها الموت المبطل إلى أحدهما مطلقاً وللحاق المبطل إلى المالك فقط فدل على أن لحاق المضارب لا يبطل بناءً على أن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه (أقول) ذلك المعنى ليس بصحيح عندى إذ قد تقرر في باب أحكام المرتدين أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم لم يبق له من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضاً حيث قال في تعليل بطلان

المضاربة يشتري بالثمن شيئاً آخر لأن العزل انما يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقداً في عمل العزل (فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير فقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الربح تظهوره فلا ضرورة في ترك الأعمال قال هذا الذي ذكره إن كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيع بجنس رأس المال استخساراً لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض



وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال (واذا اختلفا في المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لانه بمنزلة الاجبر والربح كالأجر له

المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان الحقوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اه فاذا كان كذلك فاني يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتداعلى ان بطلان المضاربة اذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحاظه مصرح به في المعسرات قال في البدائع وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كونه قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاظه لان رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه اه فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف كما يرشد اليه قوله في تعليقه ولا يوقف في ملك

رب المال اذا لرب ان هذا القول للأحمر اذ عن التوقف في ملك رب المال عند أي حبيثة اذا كان هو المرتد والتوقف في ملكه عند ما يكون قبل اللحاق لا بعده فلا بد أن يكون المراد ههنا أيضا ما يكون قبل اللحاق لا يبلغ هذا القول في التعليل وبشير اليه زيادة الشراح قيد في قولهم جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا فلا بد أن زيادة هذا القيد للإيماء الى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد الحقوق وانما الخلاف فيه قبل الحقوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أي حبيثة ولا يتوقف عنده ما بل يتقيد فلا بد أن يكون المراد بالوافق في بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق

فيه قبل الحقوق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر (قوله وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها) وفي بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها فكلما ههنا في قوله وعلى هذا إشارة الى قوله لا يمنع العزل من ذلك يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي اذا كان المال عروضيا بل يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القصدى في تلك الصودرة لان عدم عمل العزل فيها لا يلزم ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين ثم ان ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع الى العروض أى ونحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على

القلب هذا ما ذهب اليه أكثر الشراح وهو المختار عندى وأما صاحب غاية البيان فقال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتدا ثم باع المضارب العروض جازيعة على المضاربة لما قلنا والضمير في ونحوها على هذا يرجع الى موت رب المال على تأويل المنية فينبغي أن يقال برفع الواو (أقول) فيه نظر لانه مع ابتناؤه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مخجل من حيث المعنى أما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو ونحو الموت انما هو الحقوق بدار الحرب مرتدا وقد ذكره هذا صريحا في تلك النسخة بقوله ولحقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت

وأما على النسخة الاولى فلا أنه قد أدرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض بان يعطى للمضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث كما في قوله \* كما شرقت صدرا القنات من الدم \* فعلى هذا يقال بجواز الواو (أقول) هذا أيضا مع كونه تعسفام حيث اللفظ ركيب من حيث المعنى لانه يوهم أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال

تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف في بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز أن يرجع الى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض كما اذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير أو على العكس لانها نحو العروض في ان المضارب لا ينعزل بموت رب المال اه كلامه (أقول)

(قوله وعلى هذا موت رب المال) يريد به أن العزل الحكمي كالفصدى في حق المضارب ففى كل موضع لم يصح العزل القصدى لم يصح الحكمي لان عدم عمل العزل للمافيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين العزلين (واذا اختلفا في المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجبر وأجره الربح

قال المصنف (وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها) أقول الضمير في قوله ونحوها راجع الى الموت على تأويل المنية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض على اكتساب التائب من المضاف اليه وفيه شئ

وان لم يرج لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض (حيث ذوال وكيل متبرع) والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) فان قيل ردت رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فله - و واجب اوجب باننا لا نسلم أن الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء) فاذا فعل ذلك فقد زالت يده ولا بد له من ذلك (لان حقوق العقد ترجع اليه) فان لم يترك كل يضيع حق رب المال (وفي الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروف وهو اشتغالها على النقل وانما تفسيره بذلك لان أجل رعايتهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعني الوكيل اذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما (البيع والسهم) وهو الذي يعمل للغير ببيع أو شراء فانهما (يجبران على التقاضي لانهما مملكان (٧٨) بالجرعة) واذا وصل اليه أجره أجبر على تمام عمله واستحقاقه فلما يخلو عن فساد لانه اذا استنجر

(وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من تركه ونوكه كي لا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبيع والسهم يجبران على التقاضي لانهما مملكان بالجرعة قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة (فان زاد الهلاك على الربح فلا ضمان على المضارب) لانه أمين (وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بهضه أو كله تراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال) لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه ونسب له فاذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المال فان فضل شيء كان بينهما مالان ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب) لما بيننا (ولو اقسما الربح ونسخا للمضاربة ثم عقداها فهاك المال لم يتراد الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد وهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر (فصل فيما يفعله المضارب)

على شراء شيء فقد استنجر على مالا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعد وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجر فيكون وكبلا معيناه ثم اذا فرغ من عمله عوض بأجر المثل هكذا روى عن أبي يوسف ومحمد قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ) الاصل في هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال قال النبي صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له ثوابه حتى تسلم له

الآن محض الحق والعجب انه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربهم اللفظا ومعنى (قوله وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل اه (أقول) هذا النقص مدفوع بان المراد أن المتبرع الغير الملتزم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لان يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد النقص به وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضا في محله فلا انتقاض وان سلم اطلاق الكلام ههنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما مر في كتاب الكفالة فلا ضير في خروجه اذا القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل (فصل فيما يفعله المضارب) قال في غاية البيان وكان القياس أن لا يذ كر الفصل هنا بل كان ينبغي

عزائمه أو قال فرائضه ولان رأس المال أصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الأصل فتى هلك منه شيء ان استكمل من التبع فاذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه أمين وان اقسما تراد لان القسمة تفيد ملكا موقوفا ان بقي ما أعد الى رأس المال الى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكا وان هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال (فصل فيما يفعله المضارب الخ) ذكر في هذا الفصل ما لم يذ كر في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للافادة وتبها على مفصودية أفعال المضاربة بالعادة

قال المصنف (وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به الخ (أقول هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء اذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات (فصل فيما يفعله المضارب)

قال (ويجوز للمضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فجاز أن يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بأن باع الى عشرين نخله ووجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص كالطعام مثلا وأما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما يحمله عليه او ظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان (٧٩) للركوب لا يجوز واذا كان للعمل فهو

**قال** ( ويجوز للضارب أن يبيع بالنقد والسبئية ) لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه لانه الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري دابة للر كوب وليس له أن يشتري سفينة للر كوب وله أن يستكرها اعتبارا عادة التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالاجماع أما عنده ما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى إلا أن المضارب لا يضمن لانه أن يقابل ثم يبيع نسبية ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف فلا يملك الاقالة ثم البيع بالنسبة بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالتدليس على الإيسر أو الأعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي بماله يتيم حيث يعتبه فيه لا ينظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملك به مطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وبواعها وهو ما ذكرنا ومن جعلته التوكيل بالبيع والنسبة للعجاجة اليه والرهن والأرتمهان لانه إيفاء واستيفاء والاجارة والاستئجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملك به مطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيتك وهو ما يحتمل أن يلحق به فليحقيق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخط مال المضاربة بماله أو بماله غيره لان رب المال رضى بشركته لابشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التنبيه

**أن تذ كر المسائل المذكورة فيه في أول الكتاب** عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للضارب أن يبيع ويشترى ويؤكل ويسافر ويبضع ويودع الا انه ذ كر الفصل هنا زيادة الافادة لانه ذ كر هنا ما لم يذكر أنه انتهى ( أقول ) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما ذ كره بقوله الا أنه ذ كر الفصل هنا زيادة الافادة لانه ذ كر هنا ما لم يذكر أنه لا يجدي شيأ في دفع ما ذ كره أولا لان زيادة الافادة انما تقتضي أن لا يقتصر على ما ذ كرنا في أول الكتاب بل بذ كر مجموع ما ذ كرها وما ذ كرتة ولا تقتضي أن يذ كر بعضها ثمة وبعضها هنا في فصل على حدة فبقى مقتضى القياس الذي ذ كره في أول كلامه على حاله تبصر وقال في النهاية والعناية ذ كره هذا الفصل ما لم يذ كره في أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة الافادة وتنبيه على مفصودية أفعال المضارب بالاعادة انتهى ( أقول ) لا رد على هذا التقرير بما ورد على ذلك ولكن فيه شيء آخر يجب حله وهو أن قوله وتنبيه على مفصودية أفعال المضارب بالاعادة ينافي في الظاهر قوله ذ كره في هذا الفصل ما لم يذ كره في أول المضاربة من أفعال المضارب لان الاعادة تقتضي الذ كر مرة أولى وقد قال أولاً ما لم يذ كره في أول المضاربة من أفعال المضارب وحل ذلك أن المراد بالاعادة عادة جنس أفعال المضارب لا إعادة خصوص ما ذ كرها واعادة بنسبتها انما تقتضي ذ كر نسبا مرة أولى لازم خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تأمل ( قوله لان رب المال رضى بشركته لابشركة غيره الخ ) أقول فيه شيء وهو أن هذا الدليل قاصر عن افادة تمام المدعى اذا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلية

(قوله أى السقسية والدواب مطلقا) أقول أى سواء كان فى نوع خاص أو مطلقا قال المصنف (وله ان يأذن لعبد المضاربة فى التجارة) أقول لا يباح آخر لقوله لانه الامر العام المعروف عطف على قوله ولهذا كان له أن يشتري



ثم قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) لأن التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الائتوكيل بها (وجوز أبو يوسف تزويج الأمة لأنه جعله من الأكتساب) بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب أنه ليس بتجارة وإن كان فيه كسب فصار كالأعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة والله أعلم قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال الخ) فإن دفع إلى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافاً لفرق فإن رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء ولنا أن الواجب هو التولية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لأنه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالأجنبي فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون مستردا بخلاف شرط العمل عليه ابتداء

(فسوله إذا لم يصرح به) أقول فيه بحث

فمن هذا الوجه يوافق فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله أعمل برأبك دلالة على ذلك وفوق لا يملكه بطلاق العقد ولا بقوله أعمل برأبك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدرهم والدنانير بعد ما اشترى رأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاق لأنه نوع من الاستدانة وكذا أعطائها لاقراض والعقود بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض قال (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف أنه يزوج الأمة لأنه من باب الأكتساب لا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الائتوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فإنه أكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى به رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر نفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكسب فيه فيصير مستردا وله إذا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التولية فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكسب لا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استرداد بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء

أيضا في المدعى كما ترى (قوله فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى به رب المال وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضا وكلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى (أقول) الظاهر في بيان إيهام كلام المصنف اختصاص الابضاع ببعض المال أن يقال حيث قال شيئا من مال المضاربة فإن منشأ الإيهام انما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعض ألا ترى أنه لو قال فإن دفع ما أخذه من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الإيهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما إذا قال فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فإنه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشق عليه على ذي فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضي أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف موهما للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فإن دفع المضارب مال المضاربة أو شيئا منه إلى رب المال بضاعة واشترى به رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى (قوله) وقال زفر نفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكسب فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح فإن الظاهر منه أن علة فساد المضاربة عند زفر في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضا في هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لأن يكون وكسب فيه بناء على أن المرء لا يصلح وكسب لا غيره فيما يعمل في ملك نفسه ولقد أفضح عنه صاحب الكافي حيث قال قال زفر نفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكسب فيه فإن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكسب لا غيره فصار مستردا انتهى

(قوله)

لا يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلاً لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله أجيب بأن رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال فجازت وكيله فان قيل لو كان كذلك نصح المضاربة مع رب المال أجاب بقوله (وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه لا أدى الى قلب الموضوع) واقتابل أن يقول رب المال اما أن يصير بالتخلية كالاجنبي أو لا فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز الا بضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بوجود بخلاف البضاعة فانما هو وكيل على ماله وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (واذا لم نصح) المضاربة الثانية (بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى) وكلام المصنف يوهم اختصاص البضاع ببعض المال حيث قال شيئاً من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً وكلاؤه صريح في النخبة والمبسوط وقيد بدفع المضاربة لان رب المال اذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره وباع واشترى فان كان رأس المال نقداً فقد نفق المضاربة اذا استعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملاً لنفسه ومن ضرورة ذلك انتفاض المضاربة وان صار رأس المال عرضاً لا يكون نقضاً لان النقض الصريح اذا كان رأس المال عرضاً لم يعمل (٨١) فيها فهذا أولى قال (واذا عمل

المضارب في المصارح) فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس أن لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه منزلة الوكيل والمستبضع عاملاً لغيره بأمره أو بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق أحد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به الا أنا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وقرئنا بينه وبين المستبضع بأنه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بأنه

لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم نصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب في المصارح فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) ومعناه شراء وكراه في المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصارح كن بالسكنى الاصل و اذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيسحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجبر وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال (فان بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الزاتية وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجبر يخدمه وعلف دابة يركبها والذهن في موضع يحتاج اليه عادة كالخجاز وانما يطل في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتباراً للمعارف بين التجار قال (وأما الدوا في ماله) في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لا صلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة لانه فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدوا بعرض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها

(١١ - تكمله سابع) عامل له يبدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له يقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلو أنفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا أخذ شيئاً بالنفقة وهو مسافر فقد دم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة ما تصرف الى الحاجة الزاتية كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء وكراه كل ذلك بالمعروف وألحق بذلك ما كان من معدات تكثر ثمة بر المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والحلاق وعلف الدابة والذهن في موضع يحتاج فيه اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر ووخ الثياب ماشياً في حوائجه بعد من الصعاليك ويقل معاملته فصار ما به تكثر الرغبات في المعاملة معه من جهة النفقة والدوا يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لا صلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب

(قوله فان الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب (قوله وجعل الحد الفاصل الى قوله بمنزلة السوقي) أقول فيه بحث (قوله ماشياً في حوائجه) أقول أي بنفسه

قال (واذا ربح أخذ رب المال الخ) يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملا فتكون النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال فإذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرط طاقان باع المضارب المتاع بعدما أنفق مراهجة حسب ما أنفق على المتاع من الجملان ونحوه كاجرة السمار والصباغ والقصار ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثيابا بقصة صرهما أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر وانما ذكرناه ما مرته هذا القول وان صبغها أجرفه وشربك بما زاد الصبغ فيه وسائر الألوان كالجرة الا السوداء عند أبي حنيفة لان الصبغ (٨٣) عين قائم بالشوب فكان شريكًا بخلاف ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برأيك ينتظمه فاذا

بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ بقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وانه باعه مراهجة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فابينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصاره بفتح القاف والجمل فانه ليس بعين مال قائم بالشوب ولم يزد به شيء ولهذا اذا فعله الغاصب فآزاد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانا واذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين أن يعطى ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين أن يضمه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حاله فان قيل المضارب لما لم يكن له

قال (واذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال فان باع المتاع مراهجة حسب ما أنفق على المتاع من الجملان ونحوه ولا يحسب ما أنفق على نفسه) لان العرف جار بالمحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال (فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا بقصة صرهما أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر (وان صبغها أجرفه وشربك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القصاره والجمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكًا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه

(قوله فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا بقصة صرهما أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) قال صاحب العناية وانما ذكرناه ما مرته هذا القول وان صبغها أجرفه وشربك بما زاد الصبغ (أقول) هذا الكلام منه ليس بشيء لانه ان أراد ان هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعا وان أراد أنها مرت في ضمن الاصل المذكور فبما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية أيضا مرت به هذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تعهد الثانية مع الاشتراك في المروءة بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على ما زعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كل ما ذكر كيف وتفرع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواقع (قوله واذا صار شريكًا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلاقفاوت بينهما أوجب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكًا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وقال وجه هذا اندفع ما قيل المضارب اما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك اه كلامه (أقول) في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه

ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب أن يضمن كالغاصب بلاقفاوت بينهما أوجب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكًا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما أن يكون مأذونا بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك

(قوله وسائر الألوان كالجرة) أقول قوله وسائر مبتدأ وقوله كالجرة خبره (قوله لان الصبغ عين قائم الخ) أقول تعليل لقوله فهو شريك الخ (قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصبا) أقول هذا ناظر الى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب الخ



**فصل آخر** هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة قال (فان كان معه ألف) ماذ كره المصنف واضح ومبينه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فانضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطوا ضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها وتحقيقه ماذ كره فخر الاسلام رحمه الله في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها برافه ومضاربة فاذا باعها بألفين ظهرت حصته (٨٣) المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى

جارية بألفين وقع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فاذا هلك الثمن صار غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبني المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان من قبلها ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لا بطلنا ما غرم لانه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال بسلام المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يملك برأس المال واذا كان كذلك كان رأس المال في ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين (قوله وان كان معه ألف) معناه واضح وقوله (لتغابر المقاصد) لان

**فصل آخر** قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها برافه بألفين ثم اشترى بالالفين عبدا فلم يبقه دهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال هـ هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما بين فيكون عليه في الاخرة ووجهه أنه لما ناض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مستريار بعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما يئناه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهة فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لانه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة (ولا يبيعه من جهة الا على ألفين) لانه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال (وان كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بألف فانه يبيعه من جهة على خمسمائة) لان هذا البيع مقضى بجواز لتغابر المقاصد دفعا للحاجة وان كان يبيع ملكه بملكه الا أن فيه شبهة العدم ومبني المراجعة

غير ماذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما قبل فمرع الكونه غير ماذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير ماذون حينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فمرع الكونه ماذونا فاذا اختار كونه غير ماذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان لفعل المضارب ههنا وهو صبيغها أحر جهتين مختلفتين أولاها ما خلط مال المضاربة بماله نفسه وثانيتهما الاستدانة على المالك وان المضارب ماذون بهذا الفعل وغير ماذون باعتبار تدينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هـ هذا الشارح ولا أوله الذي أشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتسام في نفسه اذ لا يرى وجه يقتضي أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على ان الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما ما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتباره ماذونا في فعله هذا وغير ماذون ثم أقول الصواب عندي في دفع ما قبل المضارب اما أن يكون بهذا الفعل ماذونا أو غير ماذون الخ أن تختار كونه ماذونا به بقوله اعمل برأيتك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذا الاذن المذكور ليس بمقصود على أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يعم التصرف في مال المضاربة منفردا أو منضمما الى غيره مما له جهة في التمييز كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقر في بيان النوع الثاني من الاصل المار ذكره وقد أشار اليه المصنف ههنا بقوله واذا صار شريكا بالصبيغ انتظمه قوله اعمل برأيتك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر

**فصل آخر** لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس

مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة البعد على العبد وقوله (الا أن فيه شبهة العدم) أي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبدا كان في ملكه ولم يستفد به التام يكن في ملكه والشبهة ملحقه بالحقبة في المراجعة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة كتبوت من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى أنه يبيع ماله بماله

**فصل آخر** (قوله وصوله الى الالف مع بقاء العقد) أقول أي عقد المضاربة

(قوله فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبد قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ) كان الدفع والفداء ما لهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه (فتلاثة أرباع الفداء على رب المال ورابعة على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فينتقد بقدرة وكان الملك بينهما ما أرباعا لان رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما) ولهذا عتق الربيع ان كان العبد قريبا (وألف هو رأس المال) وقد العين بالوحدة احتراز عما اذا كان عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم (فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما يناء) أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليه ما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه (والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعني به ما اذا ضاع الألفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك (لان جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله (ولان العبد كالزائل) لانه استحق بالجنابة والمستحق بها غزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهالك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا خارجا عن المضاربة بخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد به ما تقدم في المسئلة (٨٤) المتقدمة وهي ما اذا ضاع الألفان فان العبد فيها على المضاربة (فان كان معه ألف

فاشترى بها عبد او هلك قبل النقد الى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده أمانة) وقد هلك وقد بقي عليه الثمن ديناه وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض فانيا (لا يصير) المضارب (مستوفيا لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى الى أن يسقط عنه العهد فوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا

على الامانة والاحتراز عن شبهة الجنابة فاعتبر أقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرا بحة بألف ومائة لانه اعتبر عدم ما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبد قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فتلاثة أرباع الفداء على رب المال ورابعة على المضارب) لان الفداء مؤنة الملك فينتقد بقدرة الملك وقد كان الملك بينهما ما أرباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان واذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما يناء وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليه ما لانه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجنابة ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا على المضاربة بخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال (فان كان معه ألف فاشترى بها عبد اقل من ثلثه حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال) لان المال أمانة في يده ولا يصير مستوفيا والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكيل انما تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب

مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة أخذ كرها (قوله بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكيل انما تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب) يعني ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب بصير وكيل

كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الامرة (واحدة) لانه أمكن أن يجعل مستوفيا لان الوكيل انما تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب بانه يصير وكيل ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر أمينا فيه وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو عقد تقدم على قبض الامانة فيجب أن يعتبر جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب ألفا فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق دفعه للتكتم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحله على الاستيفاء بضر المضارب فاخترنا أهون الامرين

(قوله فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل) أقول يعني حقه في الألف المدفوع

ثم في الو كالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فيعمل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصير مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على مامر

ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الو كالة حتى لو هلك المصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبر اجمعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الو كالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكيم متنافسين ثم قال ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فنابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الأمرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره به لانه الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلان قول المصنف لانه أمكن جعله مستوفيا لان الو كالة تجامع الضمان كالغاصب اذا تولى كل بيع المصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بجماعة الو كالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المصوب فكيف يمكن أن يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولحق سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله أن السبب في صورة توكل الغاصب ببيع المصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا وأما ثانيا فلان قوله وأما كونه مستوفيا فنابت بدفع الضرر عن الموكل ليس تمام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بألف أخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل اذا الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعدد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده بيد أمانة ألا ترى ان الوديعة اذا هلك في يد المودع من غير تعدد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بل ارب وأما ثالثا فلان قوله وأما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترنا أهون الأمرين غير متمش فيهما اذا هلك الألف والعدم معا لا يبقى حينئذ شيء من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الربح والتظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جار في هذه الصورة أيضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحمدي ثلاثة أوجه في الفرق بين المضارب والوكيل أحدها ما ذكر في الكتاب والثاني أنا لو نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لا بطلنا حق الموكل أصلا لانه اذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الأمانة لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الأمرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الو كالة فلا يرجع على الموكل بعده فأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى (أقول) في كل واحد من تلك الأوجه الثلاثة نظر أما في الاول فلما عرفت أنه أنفا وأما في الثاني والثالث فلان كل واحد منهما يقتضي أن لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة أولى أيضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة أما اقتضاء الثاني ذلك فلان ابطال حق الموكل يتحقق بالرجوع في المرة

بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب أنا الخ لم تثبت فيه رواية نحو ج الى الفرق بينهما وقوله (ثم في الو كالة) للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا في الثاني لا يرجع أصلا وكلامه فيه واضح والله أعلم

(قوله بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع) أقول حيث يجري بينهما مبادلة حكيم كما تقدم



**فصل في الاختلاف** أخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قال (وان كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت إلى ألفا ورجحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة يقول أولاً القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعى الشركة (٨٦) وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف

في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالعاصب أو أمينا كالمودع ليكون أعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمضارب ثلاث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمضارب نصفه فالقول فيه أي في الربح رب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان أما في رأس المال فلما مر من الدليل وأما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا أنكر الزيادة وأيهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينه المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للاثبات واذا كان في صفقة رأس المال كما اذا قال من معه ألف

**فصل في الاختلاف** قال (وان كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلى ألفا ورجحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولاً القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعى عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه رب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وأيهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات (ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقدر ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) لان المضارب يدعى عليه تفوييم عمله أو شرط من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودبعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر

الاولى أيضا العلامة مذكورة وأما اقتضاء الثالث اياه فلان ان عزل الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاستبراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا عما حدث بعد زوال الامانة بالانعزال ولو كان في مرة أولى وأيضاً ردع إلى الوجه الثاني ما أوردناه ثانياً والثالث على جواب صاحب العناية عن نظيره تأمل توقف ثم أقول الحق عندى في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه أن يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكيمه كما مر في كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفياً له فصار مضموناً عليه فاذا هلك بعد ذلك لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلاً فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الا مرة فيما اذا كان الثمن مدفوعاً اليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء وقد أشار إليه المصنف بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فبعضل مستوفياً له قبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصير مستوفياً فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتأمل

**فصل في الاختلاف** أي في الاختلاف بين رب المال والمضارب أخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودبعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية وسماه مضارباً وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الاول ثم أقرضه اهـ وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة (أقول) تسمية أحد المتخالفين مضارباً عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضارباً في الاول مما لا يقبله فطرة سليمة جداً والاقرض عنده سماه مضارباً بالمشاكلة بما ذكر في أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وقول الشاعر قالوا اقترح شيئاً نجد لك طبعه \* قلت اطلب خوالى جبة وقبصا

(قوله لان المضارب يدعى عليه التملك) حل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعى عليه التملك على

درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقدر ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعى عليه تفوييم عمله أو شرط من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو ودبعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لانه يدعى عليه تملك الربح وهو ينكر وسماه مضارباً وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الاول ثم أقرضه ولو اقام البينة فالبينة للمضارب لانها ثبتت التملك

ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لا اتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان اقامها لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا انكر الخصم قطا لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا (٨٧) انكر العموم لانه يجعل انكاره ذلك نفيًا له عن

العموم وله أنه ينتهي عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصا فهنا أولى وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع عينه استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح ومالك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعى العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما فوما فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن مستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المصنف (لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) واعترض عليه بأن البينة لا تثبت لاللني وبأن الآخر لا يحتاج الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمه انفي الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بيته الى هنا كلامه (أقول) جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعى الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لانه ليس بمدعى شيئا بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر اتفاقا كان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتاج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بيته الاخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكل ما ذكره المصنف ههنا فتدبر (قوله ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا مناقض لما ذكره انفا من ان البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن

ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما فوما فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

تلك الربح حيث قال أي تلك الربح وسلك صاحب العناية أيضا هذا المسلك حيث قال لانه يدعى عليه تلك الربح (أقول) الظاهر ان مراد المصنف بالتلك ههنا تلك أصل المال لان دعوى الاستقراض دعوى تلك أصل المال وأما تلك الربح فامر تابع لتلك أصل المال في هذه الدعوى فحمل التلك ههنا على تلك الربح لا يخلو عن قبح أما أولا فلما أشرنا اليه من ان الاصل في دعوى الاستقراض دعوى تلك أصل المال وتلك الربح من فروع ذلك وحمل التلك في الدليل على تلك الربح يوهم خلاف الاصل وأما ثانيا فلان دعوى تلك الربح قد تنقل عن دعوى تلك أصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تلك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تلك الربح وأما تلك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته أيضا اشكال يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق وتبعية قواعد الفقه وأقوال الأئمة (قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) قال صاحب النهاية ورب المال أيضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال أقوى بالقبول لاثباتها أمر اعارض وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الأمر العارض غير الظاهر كما في بيته الخارج مع بيته ذي اليد فكان هذا مما يتأمل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده أيضا اه كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بأن البينة لا تثبت لاللني وبأن الآخر لا يحتاج الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمه انفي الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بيته الى هنا كلامه (أقول) جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعى الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لانه ليس بمدعى شيئا بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر اتفاقا كان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتاج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بيته الاخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكل ما ذكره المصنف ههنا فتدبر (قوله ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا مناقض لما ذكره انفا من ان البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن

تصرفه ويلزمه انفي الضمان فأقام المصنف اللازم مقام الملزوم كناية وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر ولا يحتاج الى بيته (ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول) وان لم يوقت أو وقتا على السواء أو وقتا احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاة عليهم ما مع الاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعدد القضاة عمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله أعلم

كتاب الوديعة

التطبيق بأن يحمل ما ذكره أولاً على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد أن ذكر قول المصنف ولو وقت البيئتان الخ وإن لم توقتا أو وقتا على السواء أو وقت أحداهما دون الأخرى فالبيئة تطلب المال (أقول) يرد عليه أن هذا يناقض ما ذكره المصنف من أن البيئة بينة المضارب إذا لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذلك على عدم التوقيت كما ترى ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقت البيئتان الخ شيئاً من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحها وتتميمها فقط ولكن قال بعدم استشكل قول المصنف فيما قبل والبيئة بينة المضارب الخ وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحد أو ذكر ما في الذخيرة من أنه لا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لا اعترافه بأن ما ذكره المصنف ههنا مطابق لرواية الإيضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قدم في أول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة بلا تملك شيء وفي العارية تملك المنفعة بعوض وفي الهبة تملك العين بلا عوض وفي الاجارة تملك المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بل لازم فكان في الكل الترقى من الأدنى إلى الأعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة إذ فيه أعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الأمانة وهو من أشرف الخصال عفاً وشرعاً قال عليه الصلاة والسلام الامانة تجر الغنى والحيانة تجر الفقر وفي المثل الامانة أقامت المملوك مقام المملوك والحيانة أقامت المملوك مقام المملوك ثم إن الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليهنئين أقوام عن ودعهم الجمعات أي عن تركهم إياها قال شمر زعمت النخوية أن العرب أمانوا مصدريدع والنبي صلى الله عليه وسلم أفصح العرب وقدر ويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بهذا لأنها تترك عند الأمين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بهذا لأنها تترك بيد أمين انتهى (أقول) فيه سماجة ظاهرة إذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك وإنما الذي يعني الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الابتأويل بعيد لا يساعده لفظه وهو أن يراد بذلك أنها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليم على حفظ المال (أقول) الظاهر أن الوديعة في الشريعة أيضاً هي المال المودع الذي يترك عند الأمين لأنفس التسليم على حفظ المال وإن التسليم على حفظ المال هو الإيداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الإيداع لغة تسليم الغير على حفظ شيء كان مالا أو غير مال يقال أودعت زيدا مالا واستودعته إياه إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنامودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفخ فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليم الغير على حفظ المال انتهى حيث فسر الإيداع بالتسليم المزبور دون الوديعة وقالوا المال مودع ووديعة (وأقول) فيما ذكر في الكافي والكفاية أيضاً شيء لأن

والاجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة لا تملك شيء وفي العارية تملك المنفعة بعوض وفي الهبة تملك العين بلا عوض وفي الاجارة تملك المنفعة بعوض وهي أعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بل لازم ومن محاسنها اشتغالها على بذل منافع بدنه وماله في أعانة عباد الله تعالى واستجابة الاجر والثناء على ذلك وسببها تعلق البقاء المقدور بته عايطها من حيث التعاضد وقدم مراراً ومشرعيتها بقوله تعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها باطلاقة وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بهذا لأنها تترك بيد أمين وفي الاصطلاح التسليم على حفظ المال وركنها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلاً كان أو قولاً والقبول من المودع حقيقة أو عرفاً فإن من وضع يده بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب فمضاع كان ضامناً لأن هذا قبول للوديعة عرفاً وشرطها كون المال قابلاً لاثبات اليد عليه لأن الإيداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات اليد غير متصور فأيداع الطير في الهواء والعبد لا يبق غير صحيح وحكمها كون المال أمانة عنده



قال (الوديعة أمانة في يد المودع) قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة أمانة في يد المودع (اذا هلك لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) والغلول والاغلال الخيانة الا أن الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام قبل فيه نظرا لانه ذكر في غريب (٨٩) الحديث أنه قول شريح ليس بمحدث

مرفوع وأجيب بأنه مسند  
عن عبد الله بن عمر عن النبي  
صلى الله عليه وسلم (ولأن  
شرعيتها الحاجة للناس اليها  
فلو ضمننا المودع امتنع الناس  
عن قبولها وفي ذلك تعطيل  
لمصالح المسلمين) قال (وللودع  
أن يحفظها بنفسه وعن في  
عياله) قالوا المراد به من يساكنه  
لا الذي يكون في نفقة المودع  
فحسب فان المرأة اذا أودع  
عندها شيء جاز لها أن تدفع  
الى زوجها وابن المودع الكبير  
اذا كان يساكنه ولم يكن في  
نفقته وتركه الأب في بيت  
فيه الوديعة لم يضمن لكن  
بشرط أن لا يعلم عن في عياله  
الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم  
ضمن وهذا اذا لم ينفذ عن الدفع  
اليهم (لان الظاهر أنه يلتزم  
حفظ مال غيره على الوجه  
الذي يحفظ مال نفسه) وهو  
انما يحفظ ماله عن في عياله  
فيجوز أن يدفع اليهم الوديعة  
وعن هذا قيل العيال ليس  
بشرط فانه روى عن محمد  
أن المودع اذا دفع الوديعة  
الى وكيله وهو ليس في عياله  
أودع الى أمين من أمنائه ممن  
يثق به في ماله وليس في عياله  
أنه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك

قال (الوديعة أمانة في يد المودع اذا هلك لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولأن بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناء بمنع الناس عن قبول الودائع فتعطل مصالحهم قال (وللودع أن يحفظها بنفسه وعن في عياله) لان الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

محصول ذلك ان معنى الابداع لغة أعم من معناه شرعية لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول أيضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال أودعته مالا أي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة أيضا لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان الاثنيهم أن يقولوا أودعته شيئا أودعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب أن صاحب الكافي والكفاية بعد أن قال الابداع لغة تسلب الغير على حفظ أي شيء كان مالا أو غير مال قال أيضا يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استقدمناه به شيء يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان الاثنيهم ما جحدوا ترك ذلك (قوله الوديعة أمانة في يد المودع الخ) قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معنى واحد فكيف يجوز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الاعلى طريق التفسير كقولك الليث أسد والجبس منع وممراد المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وجعل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب انسان والقفه في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردي الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وجعل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب انسان والقفه في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه (أقول) يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسطور يقتضي أن يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة أصل ولا وكذا جعل حكم الاولى أن يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وجعل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعاً فلا يتم المطلوب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون

( ١٢ - تكمله سابع )

(قوله قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول يخالف لما تقدم في الاقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صيغة (قوله والامانة أعم من ذلك الى قوله جاز حمل الاعم على الاخص) أقول فيه أن الامانة مبين للوديعة بهذا المعنى لانها أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين

ولانه لا يجذب من الدفع الى عباله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استحباب الوديعه في خروجه فكان  
المالك راضيا به

بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقنه في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص اه  
كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مبين للوديعه بهذا المعنى لانها اعم منه بل  
المراد بالوديعه ما يترك عند الامين اه (أقول) قد كان لاح لي ما ذكره من حديث كون الوديعه  
بهذا المعنى مبينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ ان لا يصح قول المصنف الوديعه امانة في يد  
المودع اذا التسليط على الحفظ امر معنوي لا يمكن أن يكون في يد المودع ولكن دفعتم - مامعا بحمل  
كلام صاحب العناية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو الذي تسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب  
التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعه من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي هذا  
أن تكون الوديعه في الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه  
وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا أنه لا بد من المصير اليه تصح الكلمات ثقات الناظرين في هذا  
المقام فان ذينك المحذوران يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهما ألا ترى انه قال في النهاية والكفاية  
فالوديعه هي الاستحفاظ قصد او الامانة هو الشيء الذي وقع في يده من غير قصد وقال في غاية البيان لان  
الوديعه عبارة عن كون الشيء امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصد او الامانة قد تكون من غير قصد  
الى غير ذلك من عبارات المشايخ بنى ههنا شي وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة اعم من الوديعه  
بناء على اعتبار القصد في الوديعه دون الامانة مخالف لما صرحوا به في أو خرباب الاستثناء من كتاب  
الافرار من ان الوديعه قد تكون من غير صنع صاحبها كالقطعة فان الوديعه في يد الملتقط وان لم يدفع  
اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فألقت ثوبا في دار انسان وأما مجرد ما ذكره المصنف هناك من ان  
الوديعه قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من  
غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعه كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال أو دعنها كان على  
هذا الخلاف وقد نهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه  
الى الامام بدر الدين الكردي كما مر قال والاولى من الجواب فيه أن يقال لفظ الامانة صار علما لما هو  
غير مضمون فكان قوله هو امانة عنده أي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه  
حتى ان لفظ الامانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها وأراد بالوديعه ما وضع للامانة  
بالإيجاب والقبول فكانت متغايرين فصح ابقاؤها - مامبتدا وخبر اه (أقول) فيه نظر اذ لو كان  
المراد بالامانة المذكورة في الكتاب معنى غير مضمون لما احتج الى ذكر قوله اذا هلك لم يضمن للقطع  
بقبح أن يقال الوديعه غير مضمونه على المودع اذا هلك لم يضمن لكون الثاني مستدركا ورد عليه  
الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون  
ليس كذلك وليت شعري أي علم هذا من أقسام الأعلام اه كلامه (أقول) دفع هذا سهل لان  
لفظ الامانة ان كان علما لما هو غير مضمون كان من أعلام الأجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد  
وسحان فانه علم لجنس التيس الى غير ذلك من أعلام الأجناس التي ذكروها في كتب النحو وبينوا  
دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد فن أنقن مباحث ذلك في محالها  
لا يشبه عليه الامر فيما نحن فيه (قوله ولانه لا يجذب من الدفع الى عباله لانه لا يمكنه ملازمة بيته  
ولا استحباب الوديعه في خروجه فكان المالك راضيا به) أقول فيه شيء وهو ان قوله فكان المالك  
راضيا به يشعر بكون مدارج جواز دفع الوديعه الى عباله رضا المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها

(قوله ولانه) دليل آخر على  
ذلك وهو أنه أي المودع  
(لا يجذب من الدفع الى  
عباله لانه لا يمكنه ملازمة  
بيته) لا محالة (ولا استحباب  
الوديعه عند خروجه) وهذا  
معلوم للمودع (فيكون راضيا به

فان حفظها بغيرهم) بأن ترك متافيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله (أو أودعها بغيرهم) بأن نقلها من يته وأودعها عند غيرهم (ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره) الحال أن (الأيدي تختلف في الأمانة) قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغي أن يملك ابداع الوديعة أيضا وخطؤه ظاهر لان قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز لا ابداع لان ابداع استخفاف لا حفظ (قوله ولان الشئ لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض المستعير والعبد المأذون والمكاتب فان أهم ولاية فعل ما فعل بهم والوعد بالجواب في مظانها ولا بأس بذكر ههنا جالا وهو أن المستعير مالك للنفقة والمأذون يتصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التملك (٩١) (والوضع في حرز الغير ابداع) كال تسليم

اليه فيوجب الضمان (الا اذا استأجره فيكون حافظا بحوز نفسه) (قوله الا أن يقع في داره حريق) استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره أو الالتقاء الى سفينة أخرى طريقا للحفظ فيكون مرضى المالك وينتفى الضمان لكنه متمم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطه للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالتقاء فصار كدعوى

الاذن بالابداع فلا بد من إقامة البينة وقال في المنتقى اذاع لم أحرق يته قبل قوله يعني بلاينة قال (فان طلبها ما حبا فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها الخ) اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعديا اذا المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة مالا

(فان حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم ضمن) لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالمالك لا يملك غيره ابداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحوز نفسه قال (الا أن يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فبقيها الى سفينة أخرى) لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى ضرورة مسقطه للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في ابداع قال (فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لانه متعدي بالتمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بما ساء له بعد فيضمنه بحبسه عنه قال (وان خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقال اذا خلطها بحبسها شركه ان شاء) مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير له ما أنه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاك من وجهه دون وجه فيميل الى أيهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل بتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة

اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى أحد من عياله فدفعها الى مالا بد منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فإظهار أن مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجزى بد من الدفع الى عياله فالأولى أن يترك فكان المالك راضيا به ويقال بدله فان امتناع الحفظ بعينه يقتضي سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدروري للإمام الزاهد (قوله فان حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة) أقول فيه أيضا شئ وهو أن ظاهر هذا التعليل يقتضي أن يضمن أيضا اذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لان يدهم غير يده نفسه فلا يظهر أن يقال لان المالك رضى بيدهم لا يدهم على غيرهم على نهج قوله في نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم أو أودعها بغيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدروري للإمام الزاهد حيث قال لان الأيدي تختلف في الأمانة فلا يكون رضاه بيدهم رضاه بغيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة اه (أقول) هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست

يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض بعينه ذلك بما ساء له وقد حبسه فصار ضامنا والخلط النافي للتمييز تعد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند أبي حنيفة وقال ان خلط بالجنس شركه ان شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بملحها والسود بملحها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والاعتذر الوصول الى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجهه دون وجه فيميل الى أيهما شاء ولا يحنف أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معنى) غير صحيح لانه بالقسمة وهي من أحكام الشركة

(قوله لان ابداع استخفاف لا حفظ) أقول فيه تأمل قال المصنف (ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة إمكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة



(فلا تصلح موجبة لها) لتلايق قلب المعاول علة (ولو أبرأ) (المالك) الخاطا سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لاحق له الا في الدين وقد أسقط  
وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف الابراء اليه فتبقى الشركة في المخلوط و) ان خطا المائع بغير الجنس ك(خلط الحل) بالحاء  
المهملة وهو دهن السمسم (بريت الزيتون) صار مذهبهما كذهب أبي حنيفة (يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك  
صورة) وهو ظاهر (ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لأن حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا  
القبيل) أي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع (خلط الخنطة بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك  
كالجواب في خلط الخنطة بالخنطة فكان على الاختلاف المذكور (لان أحدهما لا يخلو عن حبات الاخر فبذلك التمييز) صورة ومعنى (وان  
خطا المائع بجنسه أوجب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك (وعند أبي يوسف يجعل الاقل تابع الاكثر) فيكون المخلوط لصاحب الكثير  
ويضمن لصاحب القليل (اعتبار الغالب أجزاء وعند محمد شره بكل حال) أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره (لان الجنس لا يغلب الجنس  
عنده ما مر في الرضاع) اذا جع بين ابن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع بنيت الرضاع منه ما جبه ما عند محمد (ونظيره خلط الدراهم  
بمثله اذا به لصيرورته مائعا بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلفا صارا شره يكن لانه لم يصنع شيئا  
يوجب الضمان وهذا بالاتفاق) فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذا الاصل في المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقي على  
الشركة (فان أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخطه بالباقي ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض به خطا لا يقال فاجعل الرد قضاء  
لا خطا لعدم تفردته بالقضاء بغير محضر من صاحبه (٩٣) ولولم يرد ما أنفق كان ضامنا لما أنفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وبما أنفق

لم يتعيب الباقي فان هذا  
مما لا يضره التبعض اذا  
الكلام فيه وان أخذوا  
ينفق ثم بدله فرده الى موضعه  
فهلكت فلا ضمان عليه  
لان أخذه لم يناف الحفظ  
وبعبد النية لا يصير ضامنا  
كالوئى أن يغصب مال  
انسان ولم يفعل قال (واذا  
تعدى المودع في الوديعة  
الخ) واذا تعدى المودع في  
الوديعة فركب الدابة أو  
لبس الثوب أو استخدم  
العبد أو أودعها عند غيره ثم

فلا تصلح موجبة لها ولو أبرأ الخاطا لا يسبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لانه لاحق له الا في الدين وقد  
سقط وعندهما بالابراء تسقط خيرة الضمان فتعين الشركة في المخلوط و خلط الحل بالزيت وكل  
مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى  
تعدى ذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الخنطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما  
لا يخلو عن حبات الاخر فتعدى ذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق  
المالك الى ضمان لما ذكرنا وعند أبي يوسف يجعل الاقل تابع الاكثر كاعتبار الغالب أجزاء وعند محمد  
شره بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثله اذا به  
لانه يصير مائعا بالاذابة قال (وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شره لك لصاحبها) كما اذا انشق الكيسان  
فاختلفا لانه لا يضمها لعدم الصنع منه فبشركة كان وهذا بالاتفاق قال (فان أنفق المودع بعضها ثم رد  
مثله فخطه بالباقي ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال  
(وان تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم  
أزال التعدى فردها الى يده زال الضمان) وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع  
حين صار ضامنا للنفاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا أن الامر باق لا طلاقه وارتفاع حكم العقد  
ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد

أزال التعدى فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار  
ضامنا لان الوديعة لكونها أمانة تشافى الضمان واذا ثبت الضمان اتقى المناقاة الاخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان  
الامر باق لا طلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة  
ثبوت نقيضه وهو الامانة بالخالفه والثابت بالضرورة بتقدير بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته مادامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى  
ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بأن الامر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد لا من  
الاصل كالجود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاقرار بعد الجود وأجيب بأننا لانسلم أن المخالفة فيه رده من الاصل لان بطلان  
الشيء انما يكون بما هو موضوع لا بطلاله أو بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوع لا بطلاله ولا ينافيه ألا ترى أن الامر  
بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعته لك وهو مستعمل بخلاف الجود فانه قول موضوع الرد فيجوز أن يكون ردا  
لقول مثله ألا ترى أن الجود في أوامر الشرع رد لها بكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم أو موبه ليست بردول هذا لا يكفر بها

(قوله لان أحدهما لا يخلو عن حبات الاخر) أقول هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ (قوله لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خطا لعدم  
تفردته) أقول قوله لعدم تفردته جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة) أقول الظاهر أن  
يقال وهو الخيانة

(قوله كما اذا استأجره) تنظير لمسئلة الوديعة بالاستئجار فان المخالفة ترك الحفظ في بعض اوقات كونها اوديعة فصار كما اذا استأجره للحفظ شهر افترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أمينا واعتبر بان هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه أمينا باعتبار أن عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد بوجهه بخلاف ما نحن فيه وأجيب بأن العقد لازم وغير لازم في الانتفاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالانتفاء كالاجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار وود العقد على منفعة الحفظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقية البقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله (فصل الرد الى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه أن المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله (فان طلبها صاحبها الخ) ظاهر وقوله (ولو جدها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندى وديعة (لا يضمنها عند أبي يوسف) وكذا لو جدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندى وديعة (خلاف الزفر) وانما ذكر خلافهما محسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور (٩٣) في المبسوط وانما ذكر في اختلاف زفر

ويعقوب فذكر كذلك وجه قول زفر أن الخو قد سبب للضمان سواء كان عند المالك أولا كالاتلاف حقيقة ووجه قول أبي يوسف ما ذكره أنه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة الخ) وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان له اجل وموثة قالوا اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله ولا

كما اذا استأجره للحفظ شهر افترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فصل الرد الى نائب المالك قال (فان طلبها صاحبها فجددها ضمنها) لانه لما طال به بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامسالك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يسرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذا المطالبة بالرد رفع من جهته والخو قد فسح من جهة المودع كجعود الوكيل الوكالة وجود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع أولا لان المودع ينفرد بعزل نفسه بمحض من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بمحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجدد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافا لزر لان الخو عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقى الامر بخلاف ما اذا كان بمحضرة قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان له اجل وموثة عند أبي حنيفة وقال ليس له ذلك اذا كان له اجل وموثة) وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رجه الله اطلاق الامر والمفازة محل الحفظ اذا كان الطريق آمنا وله ذلك الاب والوصي في مال الصبي

من موجبات الشر كقطع اذا لا شك أنه لا يجب على المشتري كين في شيء وقسمه ذلك الشيء بل يجوز أن يتصرف فيه على الاشتراك من غير قسمه أبدا فانما الذي من موجبات نفس الشر كجوازها هو جواز القسم لا القسمه نفسها فلا يصلح أن يكون جواز القسمه فيما نحن فيه علة موجبة للشر كة لثلاثين قلب المعلول علة فان المعلول هنا عنده ما جواز الشر كة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشر كة ونفس الشر كة بعد أن تتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا موجبان جواز القسمه تأمل (قوله وللمودع أن يسافر بالوديعة وان كان له اجل وموثة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا

فرق بين السفر الطويل والقصير وقال ليس له ذلك اذا كان له اجل وموثة وقد تقدم معنى اجل والموثة لكن قيل عند أبي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان أو بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين أي سواء كان له اجل وموثة أولا لابي حنيفة اطلاق الامر لان الامر بالهمل بالهمل مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا أن اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه منحقق وهو كون المفازة ليس محل الحفظ أجاب بقوله والمفازة محل الحفظ اذا كان الطريق آمنا وله هذا أي ولكون المفازة محلا للحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مضمونا لما جازله ما ذلك قبل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا وأجيب بأنه توضيح للاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولا يهتم على مال الصبي نظرية وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف

(قوله قيل لان هذا الخ) أقول قائله السيد جلال (قوله وان لم يكن وسافر بأهله الخ) أقول مخالف لما في غاية البيان (قوله لان ولا يهتم على مال الصبي نظرية) أقول لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهما

ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر أنه لا يرضى به فيستقيد به لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفواً (٩٤) قياساً على الغبن اليسير في التجارات والساقى يقيده بالحفظ المتعارف وهو

ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حل ومؤنة والظاهر أنه لا يرضى به فيستقيد والساقى يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصر لا يحفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد (واذا انهاء المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لان التقيد مفيد اذا الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب نصيبه منها لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة وقال لا يدفع اليه نصيبه) وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك والخلاف في المكمل

الحفظ في الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجر رجلاً شهراً بدينهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قولهما وتقرر به سناناً أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع أمره فانه أمره مطلقاً وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى المالك فلا يبالى به وقوله (والمعتاد كونهم في المصر) جواب عن قول الساقى يعنى ان المعتاد كون المودع وقت الابداع في المصر (لا يحفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله الى الامصار (بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد واذا انهاء المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقيد مفيد اذا الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً) قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة فخرج أحدهما وطلب نصيبه منها في غيبة الباقي لم يجب المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقال لا يدفع اليه

كان الطريق آمنان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق واذا كان آمناً وله بدمن السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله اه (أقول) هذا تقييد بمخاطرة وحل فاسد لانه ان كان مقبول القول في قالوا مجموع ما ذكره بأن كان قوله اذا كان الطريق آمناً شرطاً وما بعده جزء منه المعنى جداً اذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفاً قسمياً كان آمناً فيلزم أن يكون ضد الشيء قسمياً منه وهو باطل قطعاً وان كان مقبول ذلك قوله اذا كان الطريق آمناً فقط بان كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق آمناً كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق بياناً للحكم كون الطريق مخوفاً في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمناً وله بدمن السفر الخ تفصيلاً للحكم كون الطريق آمناً في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضاً لانه ان أراد بقوله اذا كان الطريق آمناً في قوله قالوا اذا كان الطريق آمناً ما هو عام لما كان له بدمن السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان آمناً له بد من السفر فكذلك منافياً لذلك قطعاً وان أراد بذلك ما هو مقيد بأن لم يكن له بدمن السفر فرفع كون الانظ غير مساعده ينافيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ وبدل عليه قطعاً قول المصنف فيما بعده واذا انهاء المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة اذا كان الطريق آمناً وله بدمن المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكر ذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفاً وان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام تقرر بصاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق آمناً ما اذا كان مخوفاً وله بدمن السفر فضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصى وان لم يكن له بدمن السفر ان سافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه أن يتركها في أهله كذا في الجامع الصغير لقاضيخان اه وتقرر بصاحب الكافي ومعراج الدراية حيث قال هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فان عين الحفظ في المصر فساقران كان سفره منه بضمن وان كان سفره الا بدله منه فان أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحداً من عباده مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن اه وكان صاحب العناية لم يفرق بين الحالتين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك) قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القسودى من قوله وديعة المكمل

نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض والموزون فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بموضع الخلاف المذكور في مختصر القسودى من قوله وديعة المكمل



والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكروا الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوائد الطهرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان يأخذ نصيبه بالاجماع (٩٥) وحكاية الجامعي في المسئلة مشهورة لهما

انه طالب به بدفع نصيبه  
فيؤمر بالدفع اليه كافي  
الدين المشترك وهذا لانه  
يطالبه بتسليم ماسلم اليه  
وهو النصف ومن طالب  
ماسلم لم يمنع منه ولهذا كان  
له ان يأخذه وان كان في يد  
المودع بالاتفاق ولا يحنقه  
لانسلم انه طالبه بتسليم نصيبه  
بل يدفع نصيب الغائب لانه  
يطالبه بالمفرز وحقه ليس  
فيه لان المفرز المعين يشتمل  
على الحقين ولا يتميز حقه الا  
بالقسمة وليس للمودع ولاية  
القسمة لانه ليس بوكيل في  
ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة  
بالاجماع بخلاف الدين  
المشترك لانه يطالبه بتسليم  
حقه أي حق المديون لان  
المديون تقضي بأمثالها فلا  
يكون هذا تصرفا في حق  
الغير بل المديون يتصرف في  
مال نفسه فيجوز وفيه نظر لان  
الانسان لا يؤمر بالتصرف  
في ماله بالدفع اليه من لا يجب  
له عليه ذلك والحق ان الضمير  
في حقه للشريك لا للمديون  
كما وقع في الشروح ومعناه  
لان الشريك يطالب المديون  
بتسليم حقه أي بقضاء  
حقه وحقه من حيث  
القضاء ليس بمشترك بينهما  
لان المديون تقضي بأمثالها

والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كافي الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولا يحنقه انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان المديون تقضي بأمثالها

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى (أقول) فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بمحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشئ اذ لا شك ان الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر كيف ولو اُفاد بذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكور فيه غير متناول للمكيل أصلا بمقتضى قوله وهو موزون ولا للموزون الذي هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال في معراج الدراية قال أبو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذلك أن رواية كتاب الوديعة القاضي لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز أن يقول قائل ان كان القاضي لا يأمر المودع بالدفع فله ان يأخذه ديانة فلما قال في الجامع ليس له ان يأخذه زالت هذه الشبهة وقائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعالا كثيرا يؤخذ من المودع فاما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تبعالا فله أخذ قسمة في رواية الجامع أن كليهما سواء انتهى (أقول) في الفائدة الأخرى نظر لان جواب المسئلة في رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبي حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الأخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده ما ساعد هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم أن يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الأخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة دون قول أبي حنيفة فيثبت ذلك يظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (قوله) بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه أي حق المديون (لان المديون تقضي بأمثالها) فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المديون متصرفا في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولا هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع اليه من لا يجب له عليه ذلك انتهى (أقول) هذا النظر في غاية السقوط لان المديون مأمور بالتصرف في ماله بالدفع اليه من يجب له عليه ذلك لا الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لابد من أن يقضي عنه وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائنه فكان مأمورا به وبالجملة ليس كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ما أخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبده كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال

والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

(قوله لان المذكور فيه) أقول يعني المذكور في الجامع الصغير (قوله أي حق المديون) أقول يعني ماله (قوله وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع اليه من لا يجب له عليه ذلك) أقول يتكفل بدفعه قوله لان المديون تقضي بأمثالها

قوله له أن يأخذه قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم ودبعة عند  
 انسان وعليه ألف غيره فلفغريمه أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه قال (وان أودع  
 رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكنهما يقسمانه فيحفظ كل واحد  
 منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة وكذلك  
 الجواب عنده في المرتين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما الى الآخر وقال لا أحدهما أن يحفظ  
 باذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمنه  
 كما فيما لا يقسم وله أنه رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لان الفعل متى أضيف الى  
 ما يقبل الوصف بالتجزئ يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن  
 الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعهما  
 ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناه الليل والنهار وأمكنهما المهاباة كان المالك راضيا بدفع الكل الى أحدهما  
 في بعض الاحوال

وقوله (له أن يأخذه)  
 جواب عن قوله - ما ولهذا  
 كان له أن يأخذه وتقر به  
 جواز الاخذ لا يستلزم أن  
 يجبر المودع على الدفع اذ  
 الجبر ليس من ضرورات  
 الجواز يعني من لوازمه  
 لانفكاكه عنه كما إذا كانت  
 له ألف درهم ودبعة عند  
 انسان وعليه ألف غيره  
 فلفغريمه أي لغريم المودع  
 بالكسر أن يأخذه إذا ظفر  
 به وليس للمودع أن يدفع  
 اليه قوله (وان أودع رجل  
 عند رجلين شيئا مما يقسم)  
 ما يقسم هو الذي لا يتعين  
 بالهقر بق الحسى كالمكيل  
 والموزون وما لا يقسم هو  
 ما يتعين به كالعبد والداية  
 والثوب الواحد والطبق  
 وكلامه ظاهر وقال في  
 المبسوط قول أبي حنيفة  
 أقيس لان رضاه بأمانة اثنين  
 لا يكون رضا بأمانة واحد  
 فاذا كان الحفظ مما يتأتى  
 منه - ما عادة لا يصير راضيا  
 بحفظ أحدهما للكل

صاحب العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للدون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك  
 يطالب المديون بتسليم حقه أي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الدون تقضى  
 بأمانتها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه (أقول) فيه نظر  
 أما أولان كلام المصنف لا يساعد لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله  
 على قوله لانه يطالب به بتسليم حقه بقوله لان الدون تقضى بأمانتها اذ كون قضاء الدون بأمانتها  
 لا بأعيانها لا يدل على أن الشريك يطالب المديون بتسليم حقه نفسه لان المثل مال المديون فلم يكن حق  
 الشريك بل كان حق المديون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق  
 المديون وهذا مما لا استربة وأما ثانيا فلا أن ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان مأمورا  
 بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا  
 في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الدون تقضى بأمانتها والمثل مال  
 المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمدفع  
 ما أوضحناه من قبيل (قوله قوله له أن يأخذه) أي قول الخصم في هذه المسئلة كذا وهو لا ممان على  
 ما مر وقد تعرف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع الى القائل المعهود في الذهن  
 أي قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهى ولا يخفى ما فيه وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم  
 لتوجيه افراد ضمير قوله ههنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب  
 عن قول الاماميين له أن يأخذه تقر به ان جواز الاخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس  
 من ضرورات الجواز أي من لوازمه لانفكاكه عنه كما إذا كانت له ألف درهم ودبعة عند انسان وعليه  
 ألف غيره فلفغريمه أي لغريم المودع بالكسر ان يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع اليه كذا في  
 العناية وغيرها (أقول) هنا اشكال وهو ان هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فان  
 جواب المسئلة فيها فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وهذا دال على عدم جواز أخذ أحد الشريكين  
 نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله والجواب المذكور في الكتاب مشعر  
 بجواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضا وان لم يجبر  
 المودع على دفع ذلك اليه عنده بجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند انسان اذا ظفر به من  
 المودع بالفتح وان لم يكن للمودع أن يدفعه اليه ادلوم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز أخذ الشريك

(واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن) معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال (اذا نهى أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لا يضمن) كما اذا كانت الوديعة دابة فنهى عن الدفع الى غلامه أو كلبت شيئا يحفظ على أيدي النساء فنهى عن الدفع الى امرأته (وهو محمل الاول) والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكننا وجب مراعاته والمخالفة فيه توجب الضمان واذا لم يكن مفيدا أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا اذا نهى عن الدفع الى امرأته وله امرأه أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخاف فهلك ضمن واذا نهى عن الحفظ في بيت من دار فحفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع الى امرأته وليس له سواها أو عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به (٩٧) قال (ومن أودع رجلا وديعة الخ)

اذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أي خنيفة وبخبر رب المال في تضمن أيهما شاء عندهما لانه قبض من ضمنين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقباض من الضمين ضمنين كودع الغاصب غير أنه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وان ضمن الثاني برجع على الاول لانه عامل له فبرجع عليه بما لحقه من العهدة ولا يبي خنيفة أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتديره لامن حفظ بصورة يده ولهذا لو دفع الى من يحفظه بحضرة كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع

قال (واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهى أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لا يضمن) كما اذا كانت الوديعة دابة فنهى عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ في يد النساء فنهى عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا يلغو (وان كان له منه بد ضمن) لان الشرط مفيد لان من العمل من لا يؤمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز (وان حفظها في دار أخرى ضمن) لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظمة والبيت الذي نهى عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلك فله أن يضمن الاول وليس له أن يضمن الثاني وهذا عند أبي حنيفة وقاله أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الآخر رجوع على الاول) لهما انه قبض المال من يد ضمنين فيضمنه كودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وان ضمن الثاني برجع على الاول لانه عامل له فبرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضرة رأيه فلا تعدى منهما فاذا فارق ففقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثاني فستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه منعه فلا يضمنه كالرجح اذا ألقت في حجره ثوب غيره

الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك اليه عند أبي حنيفة لما احتج في الجواب من قبله عن قوله ما وله هذا كان له أن يأخذ به الى التشبث بحديث أن ليس من ضرورات جواز الأخذ أن يجبر المودع على الدفع بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قوله ما المذكور منع جواز الأخذ أيضا فالجواب المزبور أيضا انما يتشبه على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم أن صاحب غابة البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذ به فكذا هو يؤثر بالدفع اليه ولو كان المال في أيدي الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر فكذا هنا لانه أن يأخذ نصيبه من المودع

(١٣ - تكمله سابع)

ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمنين فلم يوجد تعد منهما فاذا فارق ففقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه وأما الثاني فستمر على الحالة الاولى وهو القبض من أمين اذ لم يوجد منه بعد ذلك منعه فلا يضمنه كالرجح اذا ألقت في حجره ثوب غيره

قال المصنف (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر الخ) أقول في أوائل كتاب الصلح من المبسوط المودع اذا وقع الحسري في يته فناول الوديعة جازاله كان ضامنا في القياس انتهى لان المودع أمره بأن يحفظه بنفسه نضاوان لا يدفع الى أجنبي ثم قال في المبسوط وفي الاختصاص لا يكون ضامنا لان الدفع الى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى والمسئلة مذكورة في كتاب الهداية في أوائل الوديعة



قال (ومن كان في يده ألف فادعها رجلان كل واحد منهما ما انما له أو دعها اياه وأبى أن يحلف لهما فالا فبينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيقتين وبأيهما بدأ القاضي جاز له عذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيًا للثمة المبطل ثم ان حلف لاحدهما بحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل أعني للثاني يقضي له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا أقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به

وقال في شرح الجواب عنه والجواب عن قولهم ما كان في أيديهم ما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ألا ترى أن الغريم اذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم وهو ذامع في قوله كما اذا كان له ألف درهم وديعة عنه دانا وعلية ألف لغيره فله غريمه أن يأخذ منه اذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه الى هنا كلام ذلك الشارح (أقول) فعلى هذا الاستفسار جازيتمشي هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ان تقرير المصنف لا يبعد ذلك جدا تبصر (قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الالف الواحد مودعا عند اثنين بكاله كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندي في معنى المقام فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة أصلا وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه بأن يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا انتهى (أقول) ليس هذا بشيء لأن ما ذكر في أصل المسألة من قوله فادعها رجلان كل واحد منهما أنما له أو دعها اياه يدل على أن كل واحد منهما ما ادعى انها ملكة في الحال أو دعها اياه ولا شك أن العين الواحد لا يتصور أن يكون ملكا لاثنتين بكاله في حالة واحدة ولأن يكون مودعا من اثنين بكاله في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل فيد زال ايداع أحدهما الالف عن هو في يده وزال ملكه عنها أيضا باشترائه به سلعة من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل أن يصدقا معا في دعواهما المازبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيقتين) قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقيقتين لان كل واحد منهما يدعي ألفا (أقول) يرد عليه أن كل واحد منهما ما انما يدعي ألفا معا وهو ما في يده يدعي عليه كما صرح به في وضع المسئلة والنقود تتعين في الودائع على ما تقر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسئلة في التبيين فمن أين يدل هذا على تغاير الحقيقتين ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة الحقيقتين بينهما آخر حيث قال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في عينه على ما صرح في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لا يمينه انتهى (أقول) ليس هذا بقيد ههنا لان ما يقتضيه أن يكون لكل منهما حق في عينه انما هو عدم الاكتفاء لتخليفه لاحدهما فقط وهذا لا يستلزم تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلب لوب ههنا بل يحصل بتخليفه لهما معا وانما الذي يقتضي تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وادع أن يكون لكل واحد منهما ما حق في عينه ألا ترى أنهما لو ادعيا من أحدهما شيئا واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق في عينه فطعاما أنه لا يجب هنالك تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد ولا يظهر في تعليله أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاه بانفراده

(واذا كان في يده رجل ألف فادع رجلان كل واحد منهما ما انما له أو دعها الخ) ظاهر سوى ألفاظ تذكرها قوله لتغاير الحقيقتين لان كل واحد منهما يدعي ألفا قوله وان نكل أعني الثاني أي بعد ما حلف الاول قوله ولا يقضي بالنكول يعني للاول لان الثاني رعاية قول انما نكل لك لانك بدأت بالاستخلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما

قال المصنف (ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق) أقول بان يودعه أحدهما فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا (قوله لتغاير الحقيقتين لان كل واحد منهما يدعي ألفا) أقول لا بل يدعي الالف المعين الا أن يراد باعتبار المال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في عينه على ما صرح في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لا يمينه

(قوله فيكشف وجه القضاء) بأن يرضى بالالف الاول والثاني أو لهما جميعا لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله الاول (ولو نكل للثاني أيضا كان الف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لأنه) أي لأن المودع المنكر (أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله) عند أبي حنيفة (وبإقراره) عندهما (ولو قضى الاول حين نكل قال الامام علي البرزوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني وإذا نكل يرضى بينهما لأن القضاء الاول لا يبطل حق الثاني لأن القاضي قد حلف بما يختاره أو بالفرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني) ولم يذكر أنه إذا حلف للثاني ماذا حكمه وقال أخوه في شرح الجامع الصغير فان حلف يرضى بنكوله الاول وقوله (ليكونه اقرارا) أي ليكون النكول اقرارا (دلالة) وقوله (ما هذا العبد لي) يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لأنه لما أقر به الاول وثبت به حق الاول لا يفيد اقراره للقاضي لأنه لا يمكن دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله (بناء) أي قال الخصاص يحلفه (٩٩) عند محمد بن سنان (على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى

غيره يضمها عند محمد خلا فالابي يوسف) كما اذا أقر بالوديعة لانيسان ثم قال أخطأت بل هي لهذا كان عليه أن يدفعها الى الاول لأن اقراره بها صحيح ورجوعه به بذلك باطل ويضم من لا يخرج قيمتها لاقراره انها للثاني وأنه صار مستهلكا على الثاني لاقراره بها الاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلا فالابي يوسف لان مجرد اقراره لم يفوت على أحد شيئا وإنما القوت بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد أنه سلب القاضي على القضاء بها الاول لاقراره وقد أقر أنه مودع للثاني والمسودع اذا سلب على الوديعة غيره صار ضامنا والمسئلة تغريعات

أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجازان يؤخره لحلف الثاني فيكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني أيضا يرضى به بينهما نص في علي ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا أقام البينة وبغير ألف أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ما يبذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه الموقوفى القاضي الاول حين نكل ذكر الامام علي البرزوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني وإذا نكل يرضى به بينهما لأن القضاء الاول لا يبطل حق الثاني لأنه قد حلف بما ينصفه أو بإقراره وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاص انه ينفذ قضاؤه الاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادقة محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يرضى الاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار الاول وهل يحلفه بالله ما هذا العبد لي هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال ينبغي أن يحلفه عند محمد رحمه الله خلا فالابي يوسف بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمه عند محمد خلا فاله وهذه أربعة فريضة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب والله أعلم

#### كتاب العارية

قال (العارية جائزة) لانها نوع احسان وقد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان انتهى تدبر (قوله) أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجازان يؤخره لحلف الثاني فيكشف وجه القضاء) قال صاحب العارية في بيان وجه القضاء بأن يرضى بالالف الاول والثاني أو لهما جميعا لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله الاول ولو نكل للثاني أيضا كان الف بينهما انتهى (أقول) لاصحة أقوله ولثاني ادلا احتمال للقضاء بالالف للثاني بعد نكول ذي اليد الاول والكلام فيه فالمحتمل هنا وجهان لا غير والعجب أنه قال في التعليل لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله الاول ولو نكل للثاني أيضا كان الف بينهما وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير وكان منشأ رآيته هو أن سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يرضى بالالف له ما أولا أحدهما فتقوه ثم الشارح المزبور ان قواهم أولا أحدهما ثم الاول والثاني فوق فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو لا قول

#### كتاب العارية

قد مر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية

ذ كرت في المطولات والله سبحانه وتعالى أعلم

#### كتاب العارية

قلد كذا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسن ما دفع حاجة المحتاج قبل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه جعل للغير فوية في الانتفاع بملكه الى أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلاف في تعريفها اصطلاحا

(قوله يرضى بالالف الاول والثاني) أقول في قوله أو للثاني بحث (قوله لا يفيد اقراره به) أقول في لفظ المصنف (قال ينبغي أن يحلفه عند محمد الى قوله بناء على أن المودع) أقول قوله قال جواب هل في قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء ففعول له لقوله فان أحوال من فاعله

#### كتاب العارية

فقال عامة العلماء (هي غلبتك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير) قبل وهو قول الشافعي قال (لأنها  
تتعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها اباحة أما الاول فلان  
التملك لا يتعقد بلفظ الاباحة وأما الثاني فلان التملك يقتضي أن تكون المنافع معلومة لأن تملك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة  
وهو ليس بشرط فكان تملك المجهول وأما الثالث فلان المعبر بملك النهي عن الاستعمال ولو كان تملك المالك كالا جبر لا يملك نهى  
المستأجر عن الانتفاع وأما الرابع فلان المستأجر يجوز أن يؤجر المستأجر لملكه المنافع فلو كانت الاجارة تملكك لاجازته ذلك كما في الاجارة  
والهبة (وقال عامة العلماء انهم اتفقوا على التملك فان العارية من العربية وهي العطية) وهي انما تكون تملكك (ولهذا تتعقد بلفظ التملك)  
مثل أن يقول ملكتك منفعة دارى هذه شهرا وما يتعقد بلفظ التملك فهو تملكك فان قيل المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التملك أجاب  
بقوله (والمنافع قابلة للملك كالأعيان) (١٠٠) وبقي على ذلك قوله (والتملك نوعان بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لا نزاع فيه (ثم الأعيان

تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه الاول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمنافع فان سلم من النقض فذلك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الأعيان ويمكن

(وهي غلبتك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لأنها  
تتعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التملك ولذلك يعمل فيه النهي ولا  
يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبغي عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية ولهذا تتعقد  
بلفظ التملك والمنافع قابلة للملك كالأعيان والتملك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الأعيان تقبل  
النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعبرت للتملك كما في الاجارة فانها تتعقد  
بلفظ الاباحة وهي تملكك

لغة وشريعة أما لغة فقد قال الجوهرى في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها  
عار وعيب والعارية مثل العارية انتهى وقال المطرزي في المغرب العارية أصلها عورية فعلية منسوبة  
الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ انتهى وفي بعض  
الشروح ما ذكره في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في  
طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والمغرب وقد تخفف العارية وفي المبسوط قيل هي مشتقة من  
التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى  
شاء ولهذا كانت الاعارة في المكبل والموزون فرضا لانه لا ينتفع بها الا بالاسـ تهلاك العين فلا تعود النوبة  
اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها وأما شريعة فقال عامة العلماء  
هي عبارة عن غلبتك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير  
وسياق دليل الطرفين في الكتاب (قوله ونحن نقول انه ينبغي عن التملك فان العارية من العربية  
وهي العطية ولهذا تتعقد بلفظ التملك الخ) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم  
أن يمنع كون العارية من العربية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح أو من العارة  
كما ذكر في المغرب أو من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لا يثبت  
انباء لفظ العارية عن التملك وثانيهما أن الخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التملك لا يدل على

أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فإذ كفي بيانه يجعل إيمان المناسبة  
لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيان الخواص يعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها  
عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالجمل عليه أولى (قوله ولفظة الاباحة)  
جواب عن قول الكرخي أنها تتعقد بلفظ الاباحة ووجهه أن ذلك مجاز كما أن الاجارة تتعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تملكك

قال المصنف (وهي غلبتك المنافع الى قوله يقول هو اباحة الانتفاع) أقول كان المناسب أن يقول في الاول هو لتد كبر الخبر وهما هي (قوله  
ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فإذ كفي بيانه يجعل إيمان المناسبة لا استدلالا) أقول ولا يخفى  
أن التعريف اللفظي يقبل الاستدلال لكونه تصديقا لا تصويرا (قوله ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد  
الخ) أقول أنت تعلم أن حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطاة (قوله كان سالما من الشكوك) أقول أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا



كونها معنى التملك دون الإباحة لجواز أن يكون لفظ التملك هنالك مستعار المعنى الإباحة لعلاقة لزوم الإباحة للتملك كما قلتم في الجواب عن انعقادها باللفظة الإباحة أن لفظة الإباحة استعيرت للتملك على ما سأتى في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من أوجه الأول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لأن المعرف إذا عرف شيئا بالجامع والمنافع فإن سلم من النقص فذلك وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقص أن أمكن وأما الاستدلال فأنما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا إلى فرع هو نظيره والمنافع ليست تطير الأعيان إلى هناكلامه (أقول) كل واحد من أوجهه مجننه ساقط أما الأول فلأن ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعرف كأن يقال هذا التعريف هو الصحيح أو هو الحق ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بأن الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة إنما تورد على الأحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب أن أمر الاستدلال هنا أيضا كذلك وأما الثاني فلأن المصنف لم يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات بل أراد اثبات قبول المنافع لنوع التملك بالقياس على قبول الأعيان لهما وقصد اثبات هذا دفع توهم الخصم أن المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التملك كما صرح به الشارح المذکور ولا يخفى أن قبول الأعيان لنوع التملك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته إلى قبول المنافع لهما أيضا وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله والمنافع ليست نظير الأعيان أنها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو مسلم ولكن لا يهدي نفعا إذا لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الأصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في أصول الفقه وإن أراد أنهم ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع فإن علة الحكم الذي هو القبول لنوع التملك فيما نحن فيه إنما هي دفع الحاجة وهما أي الأعيان والمنافع مشتركتان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي فإن كان الأول فماذا كفي بيانه يجعل لبيان المناسبة لاستدلاله على ذلك وإن كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية انتهى (أقول) وفيه بحث من أوجه الأول أن هذا التعريف إن كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه إذ قد تقررت في محله أن ما ل التعريف اللفظي إلى التصديق والحكم بأن هذا اللفظ بأزاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف التعريف الحقيقي إذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقش فلامعنى لقوله فإن كان الأول فماذا كفي بيانه يجعل لبيان المناسبة لاستدلاله على ذلك والثاني أنه قد تقررت في موضعه أيضا أن التعريف الرسمي الذي بالخواص إنما يكون بالخواص اللازمة البيئة ولا شك أن اللوازم البيئة لا تحتاج إلى البيان فلا وجه لقوله وإن كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث أن الظاهر أن ضمير عنها في قوله ويمكن أن يجاب عنها راجع إلى وجه بحثه مع أن ما ذكره في الجواب على تقرير غمائه إنما يكون جوابا عن الوجه الأول من تلك الأوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذکور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكولة وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالجمل عليه أولى انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلأنه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقى

(قوله والجهالة) جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم لزوم ووجه آخر أن الملك في العارية يشبث بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله (والنهي منع عن التصيب) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تملك بل من حيث أنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يملكها بعدوله ذلك (١٠٣) لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير أي وقت شاء كافي الهبة وقوله

والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم لزوم فلا تكون ضائرة ولأن الملك يشبث بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التصيب فلا يفضي المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما سيجي وهذا ما يتعلق بنفسه - برها أو حكمها أو شرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسيبها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج إليه المدنى بالطبع وهي عقد جائز لأنه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه

(ولا يملك الاجارة) جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غير ذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجي وهذا ما يتعلق بنفسه - برها أو حكمها أو شرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسيبها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج إليه المدنى بالطبع وهي عقد جائز لأنه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه عليه وسلم دروعا من صفوان وانما قدم بيان الجواز على تفسيرها الشدة تعلق الفقه به قال (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان الالفاظ التي تنه - قد بها العارية وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وأطعمتك هذه الارض لأنه مستعمل فيه قيل أي مجاز فيه وفي عبارته نظراته اذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز منه صارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذ بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والاخر مجاز فأشار إلى

البحث الثالث قطعاً فلم يتم قوله كان سالماً من الشكوك وأما ثانياً فلان قول المصنف هي تملك المنافع بغير عوض يحمل التملك عليها بالمواطأة يشافي ظاهراً كون المذ كور في الكتاب حكم العارية اذ حكم الشيء لا يحمل عليه المواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهراً وأما ثالثاً فلان توجيهه هذا ينافي ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحاً فقال عامة العلماء هي تملك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى فان توجيهه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذ كور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالماً من الشكوك أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا انتهى (أقول) سلامته من الثاني أيضاً ظاهر اذ على تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعاً لم يتصور وضع منه وبين لفظ العارية حق يتجه على دليله المذ كور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح (قوله والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم لزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم لزوم فلا تكون ضائرة كذا في السروج قال صاحب الكافي في تقريره هذا المحل وانما صححت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التملك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لان للغير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه (أقول) فيه نوع خلل لان قوله وانما صححت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التملك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التملك أصلاً مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جواباً عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التملك لان مقصوده بالاستدلال على أن العارية هي الاباحة دون التملك لا على أنه غير صحيحة مع الجهالة قالوا في العبارة أن يقول وانما صححت العارية مع جهالة المدة وان كانت هي التملك لان هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة الخ تأمل (قوله وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الارض لأنه مستعمل فيه) قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه أي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظراته اذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذ بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والاخر مجاز فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الاخر حقيقة (أقول فيه تأمل

الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الاخر حقيقة

مادة

(قوله فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول فيه بحث (قوله فلا فرق اذ بين العبارتين) أقول أي أعرتك وأطعمتك (قوله والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والاخر مجاز فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الاخر حقيقة) أقول فيه تأمل فان تخصيص الاولى بكونها صريحة بوجههم أن الثانية ليست كذلك فلا تخصم مادة الاشكال

ومنتك هذا الثوب أى أعطيتك المنفعة وهى النافعة أى أو الشاة يعطى الرجل الرجل يشرب من لبنها ثم يردّها إذا ذهب درهماً كثر حتى  
 قبل فى كل من أعطى شيئاً من وجبتك على هذه الدابة إذا لم يرد به أى بقوله هذا الهبة لأنهم التملك العين عرقاً وعند عدم إرادته الهبة  
 يحمل على تملك المنافع تجوزاً من حيث العرف العام وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له فى الاستخدام وهى العارية ودارى سكنى لأن  
 معناه سكناها لك وهى العارية ودارى لك عمري سكنى لأنه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك لأنه منصوب  
 على التمييز من قوله لك لأن قوله لك يحتمل تملك العين وملك المنفعة فإذا ميزه تعين فى المنفعة فحمل الكلام عليه أى على تملك المنافع  
 بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم وللعبر أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله (١٠٣) صلى الله عليه وسلم المنفعة مردودة

والعارية مؤداة ورجسه  
 الاستدلال ظاهر وفيه  
 تميم بعد التخصيص لما  
 عرفت أن المنفعة عارية خاصة  
 وفيه زيادة مبالغة فى أن  
 العارية مستحق الرد ولأن  
 المنافع تلك شيئاً فشيئاً على  
 حسب حدودها فالتملك فيما لم  
 يتصل به القبض ولا يملك إلا به  
 فصح الرجوع عنه قال  
 (والعارية أمانة أن هلك  
 من غير تعدل بضمن الخ)  
 أن هلك العارية فإن  
 كان بتعدد حمل الدابة  
 ما لا يحمله مثلها أو استعمالها  
 استعمالاً لا يستعمل مثلها  
 من الدواب أوجب الضمان  
 بالاجتماع وإن كان بغيره  
 لم يضمن وقال الشافعى  
 يضمن لأنه قبض مال غيره  
 لنفسه لا عن استحقاق  
 فيضمن قوله لنفسه احتراز  
 عن الوديعة لأن قبض المودع  
 فيها لأجل المودع لا للمنفعة

(ومنتك هذا الثوب وجبتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) لأنهم التملك العين وعند عدم إرادته الهبة  
 تحمل على تملك المنافع تجوزاً قال (وأخدمتك هذا العبد) لأنه أذن له فى استخدامه (ودارى  
 لك سكنى) لأن معناه سكناها لك (ودارى لك عمري سكنى) لأنه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله  
 سكنى تفسيراً لقوله لك لأنه يحتمل تملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (وللعبر أن يرجع فى العارية  
 متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنفعة مردودة والعارية مؤداة ولأن المنافع تلك شيئاً فشيئاً على  
 حسب حدودها فالتملك فيما لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية أمانة  
 أن هلك من غير تعدل بضمن) وقال الشافعى يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق  
 فيضمنه والأذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على  
 سوم الشراء

مادة الاشكال انتهى (أقول) هذا ساقط لأن الصريح عند علماء الأصول ما ذكره كشف المراد منه فى  
 نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرفت فى موضعه وأراد المصنف بالصريح ههنا  
 الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره فى مقابلة كإيئنه صاحب العناية فإن أراد ذلك البعض أن تخصيص الأولى  
 بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك أى ليست بصريحة بالمعنى الذى ذكره علماء الأصول فهو  
 ممنوع وإنما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على أنه أراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وإن أراد  
 أن تخصيص الأولى بذلك يوهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا إشكال فيه  
 حتى لا تنحصر مادته (قوله ومنتك هذا الثوب وجبتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة الخ) قال صاحب  
 السكافى كان ينبغي أن يقول إذا لم يرد به ما بدليل التعليل وقال ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع  
 إلى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب قلت  
 المذكور شيئاً أحدهما قوله ومنتك هذا الثوب والآخر جلتك على هذه الدابة انتهى (أقول) مدار  
 ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فإن الشئين هو الثانى دون الأول ومبنى التأويل  
 ههنا وفى قوله تعالى عوان بين ذلك هو الأول وهو شئ واحد لا محالة فلا غبار فى الجواب لا يقال يجوز  
 أن يكون مراده بيان الواقع لرد الجواب لأننا نقول كون المذكور شيئاً مع كونه غنياً عن البيان جداً  
 بأى عنه قطعاً ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوى الألباب (قوله ولهذا  
 كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولهذا أى

نفسه وقوله لا عن استحقاق أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه إلا آخر بدون رضاه احتراز عن الإجارة فإن المستأجر يقبض  
 المستأجر لحقه ليس للمالك النقص قبل مضى المدة بدون رضاه فإن قيل هو قبض بأذنه ومثله لا يوجب الضمان أجاب بقوله والأذن  
 ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة بتقدير بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فإن هلك فيها فلا ضمان وإن هلك فى غيرها  
 لم يظهر فيه الأذن لكونه وراء الضرورة ولهذا أى ولو كان الأذن ضرورياً كان واجب الرد بمعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما فى  
 الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فإنه وإن كان بأذن لم يكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذلك إذا

(قوله ما لا يحمله مثلها) أقول الضمير فى قوله يحمله راجع إلى ما (قوله لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن) أقول ونحن  
 نمنع الكبرى كما يظهر بالأمس



شي من ذلك بموجب له أما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولا باحتما او القبولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء يتيق الضمان فكيف يضاف اليه ( قوله والاذن ) جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه يعني أنه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن للضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم نعد ولا ضمان بدونه

( قوله فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية الخ ) أقول فيه بحث ( قوله وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند

هلا كه ) أقول لم يتعرض للإباحة وكان المناسب ذلك كما لا يخفى

ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولا باحتما او القبولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء يتيق الضمان فكيف يضاف اليه ( قوله والاذن ) جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه يعني أنه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن للضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم نعد ولا ضمان بدونه

ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كافي الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذ اهلك ضمن فكذا هذا اه كلامه ( أقول ) حـ لـ الشارح المذکور قول المصنف ولهذا على الإشارة الى كون الاذن ضروريا واقفي أثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندى انه إشارة الى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فالمعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندى لوجهين أحدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فيقتضى كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله بصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا الإشارة الى كون الاذن ضروريا وليكون الاذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء وأما على تقدير أن يكون إشارة الى ما ذكره فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء ولا شك ان الامر كذلك في المقبوض على سوم الشراء وثانيهما ان حديث كون الاذن ضروريا جواب عن سؤال مقدر لا عدة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى ان ما هو العمدة في الاستدلال أحق بأن يفرع عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي أخر حديث كون الاذن ضروريا عن تفسيره هـ ذين الفرعين ( قوله ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولا باحتما او القبولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه ) قال صاحب العناية في حل هذا المثل يعني ان الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالاذن وليس شي من ذلك بموجب له أما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولا باحتما على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه كذا وأما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء يتيق الضمان فكيف يضاف اليه اه كلامه ( أقول ) لا يذهب عليك ان احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخاطر به أحد أصلا وهذا لم يتعرض المصنف لنفي ذلك قط في أثناء تقريره في هذه المسئلة فدرج الشارح المزبور اياه في احتمالات إيجاب الضمان ونهـ بته ذلك الى المصنف بقوله يعني خروج عن سنن الصواب ( قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا ) جواب عن قول الشافعي والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن للضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم نعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها ( أقول ) لا خصم أن يقول اذا لم يكن القبض أيضا للضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلك في هذه الحالة فلا ضمان قطعا وأما اذا هلك في غيرها فينبغي أن يجب الضمان لكونه هـ لا كهـ فيما وراء الضرورة فالأظهر في الجواب عن قول الشافعي والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول بالموجب وقد أفصح عنها صاحب غاية

(قوله وانما وجب الرد مؤنة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقرر به أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانما على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب كنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجب الرد وجب الضمان وقوله (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقرر به أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالهـ قد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا أن (١٠٥) الاخذ في العقده حكم العقد ولكن لا عقد

ههنا أوجب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذا المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيله اليه فأقيمت مقام الحقيقة نظرا له الآن الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثالا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال (وليس للمستعير أن يواجر ما استعاره الخ) وليس للمستعير أن يواجر المستعار فان أجره فعطبت ضمن لو جهين أحدهما أن الاعارة دون الاجارة والنشي لا يتضمن ما هو فوقه والثاني أن لو صحت فاما أن يكون لازما أو غير لازم ولا سبيل الى شيء من ذلك أما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة

وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانما على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقده حكم العقد على ما عرف في موضعه قال (وليس للمستعير أن يواجر ما استعاره فان أجره فعطبت ضمن) لان الاعارة دون الاجارة والنشي لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صحناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فأبطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غمبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بتغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجره ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه آناه الليل وأطراف النهار وانما ينتفع به ساعة وبذلك أخرى ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركبها ليلًا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع أيضا مأذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه وأشار الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية أيضا فتبصر (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقده حكم العقد على ما عرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقرر به انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالهـ قد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اهـ كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطنة ان تحريره هـذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى المأخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشيء بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباء في قوله لان المأخوذ بالعقد على الملازمة وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان المأخوذ بعلازمة العقد أي ما كان متعلقا بالعقد بأن كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قوله هم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذا القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذلك اجبته اهـ ثم أقول لاحاجة في حل كلام المصنف ههنا الى ما ذكره صاحب العناية من التحريم الر كيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان ههنا ان سلمنا ان عن شائبة الخلل أحدهما أن يكون معنى قوله لان الاخذ في العقده حكم العقد لان الشروع في الع قد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد ونعنا على أن يكون الاخذ ضمن أخذ

(١٤ - تكمله سابع) فانه عقد لازم فانه عقد غير لازم عكس الموضوع وأما الاول فلانه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو أيضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجره ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

قال (وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بيننا من قبل والمباح له لا يملك الإباحة وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة ههنا ونحن نقول هو عليك المنافع على ما ذكرنا فملك الإجارة كالوصى له بالخدمة

فيه بمعنى شرع فيه لا من أخذه وثانيهما أن يكون معناه لأن الأخذ في العقد أي المأخوذ لأجل العقد له حكم العقد على أن تكون كلمة في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكن الذي لمتني فيه وقوله عليه الصلاة والسلام إن امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في معنى اللبث فالأخذ حينئذ من أخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية أخذا من غاية البيان فإن قيل سلمنا أن الأخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقده ههنا أجيب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقدير أصيانه لاموال الناس عن الضياع إذا المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا اه (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن السؤال المذكور لا يتوجه ههنا أصلا إذا لا يقتضي أن يكون للأخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد بل يقتضي عدم تحققه إذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للأخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لا عقده ههنا ثم إن الجواب المزبور منظور فيه لأنه وإن كان في جعل العقد معدوما تقدير أصيانه لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري إذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري لا تعد منه بل بسبب اضطراري وقد أخذه من يد مالكه باذن فاذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي أراه من ملكه مجانا أي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم النظر لأحد المتأخذين في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكره في النظائر الامام الترمذي (أقول) في أكثر هذه الأمثلة أشكال أما في مثال الحمل فلأنه وإن كان مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلواستعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت انتهى إلا أنه يخالف لما سيجيء في كتاب الإجازات في باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز من أن الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه حكمهما عند الإطلاق والتقيد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتربات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب العارية أنه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الإجازات أنه مما يتفاوت وعن ظهرت المخالفة جدا بين كلاميه في المقامين صاحب الكافي فإنه قال ههنا سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة أولا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الإجازات ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل فمال بين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجوارز الإجارة انتهى وأما في مثال الزراعة فلأنه سمي في كتاب الإجازات في الباب المزبور أنه لا يصح عقد الإجارة في استئجار الأراضي للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيها لأن ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة ولا يخفى أن المفهوم منه أن الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزبلي لما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بأمثله وعدمها الزراعة حيث قال كاللبس والركوب والزراعة وأما في مثال السكنى فلأن سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيره ما وله هذا لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والخوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الإجازات فكان السكنى أيضا مما يختلف باختلاف المستعمل ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الاضرار بالبناء أثر الحدادة والقصار لا أثر السكنى لأن مجرد السكنى لا يؤثر في انه دام البناء فيضاف الانهدام إلى الحدادة والقصار كما بينه

وللمستعير أن يعير المستعار إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له أن يعيره لأنها إباحة المنافع على ما مر والمباح له لا يملك الإباحة وهذا أي كون الإجارة إباحة لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وإنما جعلت موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت في الإجارة بالإباحة فلا يصار إلى التملك وإنما أنها تملك المنافع على ما مر فيتضمن منه كالوصى له بالخدمة جاز أن يعير تملكه المنفعة



(قوله والمنافع اعتبرت

قابلية) جواب عن قوله

والمنافع غير قابلة للملك وتقريره

لأنه لا نسلم أنها غير قابلة للملك

فإنها تملك بالعقد كما في

الإجارة فتجوز في الإجارة

كذلك دفعاً للحاجة وقد

مر لنا الكلام فيه فإن

قبل لو كانت تملك المنفعة

لما تناوت الحكم في الصحة

بين ما يختلف باختلاف

المستعمل وبين ما لا يختلف

كما سأل أجب بقوله (وإنما

لا يجوز فيما يختلف باختلاف

المستعمل دفعاً للمزيد الضرر

عن المعير لأنه رضى باستعماله

لا باستعمال غيره وقال هذا

أي ما ذكر من ولاية الإجارة

للمستعير (إذا صدرت

الإجارة مطلقاً) فوجب أن

يبين أقسامها فقال (وهي

على أربعة أوجه) وهي

قسمة عقلية (أحدها أن

تكون مطلقاً في الوقت

والانتفاع والثاني أن

تكون مقيدة فيهما

والثالث أن تكون مقيدة

في حق الوقت مطلقاً في

حق الانتفاع والرابع

بالعكس فالللمستعير في الأول

أن ينتفع به أي نوع شاء في

أي وقت شاء عملاً بالطلاق

وفي الثاني ليس له أن يجاوز

فيه ما سمى من الوقت

والمنفعة

والمنافع اعتبرت قابلية للملك في الإجارة فتجوز في الإجارة دفعاً للحاجة وإنما لا تجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعاً للمزيد الضرر عن المعير لأنه رضى باستعماله لا باستعمال غيره قال العبد الضعيف وهذا إذا صدرت الإجارة مطلقاً وهي على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقاً في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالطلاق والثاني أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سمى عملاً بالتقييد

صاحب النهاية في كتاب الإجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه والمثال ههنا إنما هو نفس السكنى فلا إشكال فيه (قوله والمنافع اعتبرت قابلية للملك في الإجارة فتجوز في الإجارة دفعاً للحاجة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم أنها غير قابلة للملك فإنها تملك بالعقد كما في الإجارة فتجوز في الإجارة كذلك دفعاً للحاجة كذلك في العناية وغيرها (أقول) فيه بحث لأن حاصلاً له القياس على الإجارة وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليقه له وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة يعني أن علة اعتبار المنافع المعدومة قابلية للملك في الإجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الإجارة لاندفاع حاجتهم بالإباحة فلم يتم ما ذكره المصنف ههنا جواباً عنه اللهم إلا أن يقال الناس كما يحتاجون إلى الانتفاع بالشيء لأنفسهم كذلك يحتاجون إلى نفع غيرهم بذلك الشيء وعند كون الإجارة إباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الأخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكفاية دعت إلى اعتبار المنافع قابلية للملك في العارية كما في الإجارة قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف ههنا وقد مر الكلام فيه (أقول) لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أبحاثه الثلاثة التي أوردها في صدر كتاب العارية ودفعنا كله هناك لكنه ليس بمتشبه هنا لأن حاصلاً أن قياس المنافع على الأعيان ليس بتمام لأن من شرط القياس كون الفرع نظيراً للأصل والمنافع ليست نظيراً لأعيان ولا شئ أن المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظيراً للأصل قطعاً (قوله وهذا إذا صدرت الإجارة مطلقاً) قال عامة الشراح أي ما ذكر من ولاية الإجارة للمستعير إذا صدرت الإجارة مطلقاً (أقول) فيه إشكال لأن المذكور في الكتاب أن للمستعير أن يعير المستعار فيما إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فعنه أن للمستعير ولاية الإجارة فيما إذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون أن اختصاص ولاية الإجارة للمستعير بما إذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل إنما هو إذا صدرت الإجارة مقيدة بأن ينتفع به المستعير بنفسه وأما إذا صدرت الإجارة مطلقاً فلا يستعير ولاية الإجارة مطلقاً أي سواء كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل أو مما لا يختلف وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له أن يحمل ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً اهـ فقول المصنف وهذا إذا صدرت الإجارة مطلقاً على تقدير أن يريد بكلمة هذا الإشارة إلى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر إنما يتم لو لم يكن ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيداً بقوله إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيداً به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له أن يقول هذا إذا صدرت الإجارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار إليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف بما ذكرنا ولم يتعرضوا لما فيه من الإشكال مع ظهوره جسداً ثم إن الشارح تاج الشريعة كأنه تنبه للجدور الذي ذكرناه فقال في شرح

الاذا كان خلافا الى مثل ذلك ) كن استعار دابة ليحمل عليها فقيرا من هذه الخنطة فحملها فقيرا من خنطة أخرى (أو الى خير منه) كما اذا  
جل مثل ذلك شعير استعسانا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ألا ترى أن الوكيل  
بالباع بألف درهم اذا باع بألف (١٠٨) دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستعسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الخنطة اذ مقصوده دفع زيادة

الضرر عن دابته ومثل  
كيل الخنطة من الشعير  
أخف على الدابة والتقيد  
انما يعتبر اذا كان مفيدا (وفي  
الثالث والرابع ليس له أن  
يتعدى ما سماه من الوقت  
والنوع) وعلى هذا (فلو استعار  
دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل  
وبغير غيره للحمل لان الحمل  
لا يتفاوت وله أن يركب  
ويركب غيره وان كان  
الركوب مختلفا لانه لما أطلق  
كان له التعيين حتى لو ركب  
بنفسه تعين الركوب فليس  
له أن يركب غيره وبالعكس  
كذلك فلو فعله ضمن لتعين  
الركوب في الاول والاركان  
في الثاني) وهذا الذي ذكره  
اختيار فخر الاسلام وقال  
غيره أنه أن يركب بعد الاركان  
ويركب به - مدار الركوب  
وهو اختيار شمس الاثمة  
السرخسي رحمه الله وشيخ  
الاسلام قال (وعارية  
الدراهم والدنانير والمكيل  
والموزون والمعدود وقرض  
الخ) اذا استعار الدراهم فقال  
له أعرتك دراهمي هذه كان  
بمقتضى أن يقول أقرضتك  
وكذلك كل مكيل وموزون  
ومعدود لان الاعارة تملك  
المنفعة ولا يمكن الانتفاع  
بها الا بال - تملاك عينها

الاذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه والخنطة مثل الخنطة والشعير خير من الخنطة اذا كان  
كسلا والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطابقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن  
يتعدى ما سماه فلوا استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل وبغير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن  
يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما أطلق فيه - له أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس  
له أن يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركان قال  
(وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود وقرض) لان الاعارة تملك المنافع ولا يمكن  
الانتفاع بها الا بالاستهلاك عينها فاقضى تملك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناها  
فيثبت أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد الع - ين فاقم رد المثل مقامه قالوا - هذا اذا أطلق الاعارة  
قول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطابقة للاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى ان الاستعارة  
ينتفع بالعارية ما شاء اذا أطلقت العارية اه (أقول) هذا الذي ذكره هذا الشارح وجهه - له  
ما يعود اليه الاشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام  
المصنف ههنا ولا يشار باسم الاشارة الى المحسوس المشاهد أو الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما  
تقرر في موضعه فكانه هرب عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الاولى والانصاف ان المصنف  
لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطابقة وشرع في الكلام الذي بسطه بأن يقول والاعارة على أربعة  
أوجه لكان أخرى ولقد أحسن صاحب الكافي - هذا المقام حيث قال أولا وله أن يعبر وذ كر خلاف  
الشافعي وبين دليل الطرفين ثم قال ثم - هذه المسئلة على وجهين اما أن حصلت الاعارة مطلقة في حق  
المنتفع بأن أعارت باللبس ولم يبين اللباس أو دابة للركوب ولم يبين الراكب أو دابة للحمل ولم يبين الحامل  
وفي هذا الوجه له أن يعبر سواء كان المستعار شرا - يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب  
والركوب في الدابة أولا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة - لا باطلاق اللفظ وان حصلت  
الاعارة مقيدة بأن استعار ليلبس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعبر فيما لا يتفاوت  
الناس في الانتفاع به كافي الحمل وليس له أن يعبر فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب ثم  
قال وهذا هو الكلام في اعارة المستعير وأما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على أربعة أوجه  
فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الأربعة (قوله الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه) كن  
استعار دابة ليحمل عليها فقيرا من هذه الخنطة فحمل عليها فقيرا من خنطة أخرى أو جل عليها فقيرا  
من شعير وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ألا ترى  
أن الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستعسان أنه لا فائدة للمالك في  
تعيين الخنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الخنطة من الشعير أخف على الدابة  
والتقيد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ماذا كروا في وجهه  
الاستعسان منتقض بالوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا  
به مع أن ماذا كروا في وجهه هذا الاستعسان ههنا جار هناك أيضا بعينه فينبغي أن ينفذ بيعه أيضا  
فتأمل (قوله أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد الع - ين فاقم رد المثل مقامه) أقول يرى - هذا

فكان ذلك تملك العين اقتضاء وتملك العين اما بالهبة أو القرض والقرض أدناها لكونه متيقنا به  
فيل لانه أقل ضررا على المعطى لانه وجب رد المثل وما هو أقل ضررا فهو الثابت يقينا ولا من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد  
يجز عن رده فاقم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا أطلق الاعارة

التعليل

وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بهاد كالم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية لينجمل بها أو سيفاً محلي يتقلده يقال طابت المسكايل أو الموازين إذا قايستها والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى وإذا استعار أرضاً للبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس أما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة وأما الرجوع فلما ينال معنى بقوله وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) قوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة

والعارية مؤداة وأما التكليف

فلان الرجوع إذا كان صحيحا

بقي المستعير شاغلا أرض

المعير فيكلف تفريغها ثم إن

المعير ما أن وقت العارية

أول بوقت فان لم يوقت فلا

ضمان عليه لان المستعير

مغتر غير مغرور ومن جانب

المعير حيث اعتماد اطلاق

العقد وظن أنه يتركها في

يده مدة طويلة من غير أن

يسبق منه الوعد وإن كان

وقت العارية فيرجع قبل

الوقت صح لمذاكرنا ولكن

يكره لما فيه من خلاف الوعد

وضمن المعير ما نقص البناء

والغرس بالقلع لانه مغرور

من جهته حيث وقت له اذ

الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور

يرجع على الغار دفعا للضرر

عن نفسه فان قيل الغرور

الموجب للضمان هو ما كان

في ضمن عقد المعاوضة كما

مر والاعارة ليست كذلك

أجيب بأن التوقيت من

المعير التزام منه لقيمة البناء

والغرس ان أراد اخراجه

قبل ذلك الوقت معنى وتقرير

كلامه ابن في هذه الارض

بنفسك على ان أثر كهافي

وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بهاد كالم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية لينجمل بها أو سيفاً محلي يتقلده قال (وإذا استعار أرضاً لبنى فيها أو لغرس فيها جاز وللمعير أن يرجع فيها أو يكلفه قلع البناء والغرس) أما الرجوع فلما ينال معنى بقوله وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) قوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة دفعا للحاجة وأما الرجوع فلما ينال معنى بقوله وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) قوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة

التعليل خالي عن التحصيل لان حقيقة الاعارة منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعـدود اذ قد صرحوا في صدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلاً للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجعلنا ادا كتابة عن القرض وكذا حكم الاعارة منتفية في عارية الاشياء المذكورة اذ قد صرحوا بأنها مضمونة بالهلاك من غير تعدد من الغايض فاذا لم تتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الاشياء فلا تأثير فيها أصلاً لان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا لا فامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمونها هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل لفظ الاعارة في مستثناه هذه مجازاً أو كتابة عن معنى الاقراض ولكن كلامنا في صلاحية ذلك لان يكون علة لاصل المسئلة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فعمليك بالتأمل الصادق (قوله وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بهاد كالم يكن قرضا ولم يكن له إلا المنفعة المسماة) أقول لقائل أن يقول المفهوم من هذا الكلام إمكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعاً أيضاً فكيف يتم ما ذكر سابقاً من انه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقاً بناء على الاكثر الاغلب فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الاعم الاغلب الا باستهلاك عينها فبإدراك الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تعليل المنفعة مع بقاء العين على ملكه فبحمل على ذلك فان قلت عبارة المصنف لات أعيد التوجيه الذي ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء إمكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالاقول فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية (قوله وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية أي نقصان البناء والغرس على ان ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين اه كلامه وتبعه الشارح العيني (أقول)

بدل إلى مدة كذا فان لم أثر كهافاً ناضماً لك بقريضة حاله وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعاً لا بد من فائدة لذلك الوقت وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن يتطرق كم تكون قيمة البناء والغرس اذ انبى إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلاً

(قوله وان كان وقت العارية) أقول معطوف على قوله فان لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر) أقول في باب المضارب يضارب



واذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدرى رحمه الله يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد أن المعبر  
بضمن المستعير قيمة غرسه وبنائه فيكون له الآن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لأنه ملكه قالوا يعني المشايخ إذا كان  
بالارض ضرر بالقلع فالحيار الى رب الارض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترحيج بالأصل قبل معنى كلامه هذا ان ما قال  
القدرى ان المعبر بضمن نقصان البناء (١١٠) والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرراً ما اذا لم يلحق فالحيار في الإبقاء بالقيمة

مقاييساً وتكليف القلع  
و ضمان النقصان الى صاحب  
الارض وهو ظاهر ويجوز  
أن يتعلق بقول الحاكم  
الشهيد ومعناه أن المستعير  
انما يتمكن من القلع وترك  
الضمان اذا لم تتضرر الارض  
بالقلع وأما اذا تضررت  
فالحيار الى رب الارض وهو  
الاطهر ولو استعارها  
ليزرعها لم تؤخذ منه حتى  
يحصد الزرع بل ترك في  
يده بطريق الاجارة بأجر  
المثل وقت أول وقت لان  
الزرع له نهاية معلومة  
وفي الترك مراعاة الحقيقين  
فانما كان الترك بأجر لم  
تقت منفعة أرضه مجازاً ولا  
زرع الآخر

كذا ذكره القدرى في المختصر وذكر الحاكم الشهيد أنه بضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه  
و يكونان له الآن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه قالوا اذا كان في  
القلع ضرر بالارض فالحيار الى رب الارض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترحيج بالأصل  
ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أول وقت لان له نهاية معلومة وفي الترك  
مراعاة الحقيقين

لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع  
فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعبر قلع البناء والغرس وليس هذا صحيح لان القلع  
ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء المنتقضة بالقلع ويصح أيضاً  
صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعبر القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه  
فالوجه عندى ههنا رفع البناء والغرس لا غير أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح وأما على تقدير  
كونها موصولة فبالتقدير الظاهر الراجع اليها على أن يكون تقديراً للكلام وضمن المعبر ما نقص البناء  
والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس وقال  
صاحب العناية ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة  
المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنائير مثلاً واذا قلع  
في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة  
ذكر معنى هذا المقام ومثاله على المتوال الذي ذكره صاحب العناية غير أنهما قالوا بغيره يرجع بهما  
فيرجع بثمانية دنائير فكان بعض العلماء أخذوا بما قالوا من حصصه فأورد على ما ذكره صاحب العناية  
حيث قال فيه كلام وهو أن اقله ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنائير فينبغي أن يرجع بهما كما  
لا يخفى انتهى (أقول) لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص في قوله تكون قيمة النقص دينارين  
نقصان القيمة على طريقة القلب ولا يخفى أنه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين  
القيمتين بدنانيرين فيرجع بهما قطعاً وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكانا بينهما أراد بقيمة النقص  
معنى قيمة الناقص واذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنائير  
فيرجع بثمانية دنائير وبهذا يظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح واندفع ما أورده ذلك البعض  
من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال  
فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف الى الصفة أي القيمة المنقوصة فلا إشكال انتهى  
كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لا يجوز إضافة الموصوف الى الصفة ولا إضافة الصفة الى الموصوف  
على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف الى صفتهم ولا  
الصفة الى موصوفها وانما جواز ذلك مذهب ضيف كوفي لا ينبغي أن يصار اليه في توجيه كلام النقات

(قوله واذا قلع في الحال  
تكون قيمة النقص دينارين  
يرجع بهما كذا ذكره  
القدرى) أقول فيه كلام  
وهو وان القلع ما نقص  
دينارين بل نقص ثمانية  
دنائير فينبغي أن يرجع بها  
كما لا يخفى هذا اشكال  
الفاضل المحشي الشهير  
بيسوق باشا فأقول  
الظاهر أن قوله قيمة النقص

من إضافة الموصوف الى الصفة أي القيمة المنقوصة فلا إشكال (قوله ويجوز أن يتعلق بقول  
الحاكم الشهيد الى قوله وهو الاظهر) أقول المفهوم من كلام الزيلعي أن يتعلق بقول القدرى ويكلفه قيمة قلع البناء والغرس  
فراجعه قال للصف (لان له نهاية معلومة) أقول قال ابن الغرمي مقتضى هذا التعليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في الموقنة  
لان لها نهاية معلومة ولان الوقت منصوب عليه ههنا وفي الاشارة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الدلالة انتهى والجواب  
أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس له ما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقيقين بخلاف الزرع فليتامل

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المعصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعارد اية فردها الى اصطلح مالكاها فهلكت لم يضمن) وهذا الشخصان

على أن النقص فيما نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة الابدان يجعل مجازا عن المفعول فيكون معنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك القاضل أن يتثبت بذلك المذهب الضعيف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يرتفع معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك (قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك) أقول انماثل أن يقول اذا كان وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي أن لا تؤخذ الارض منه هنا أيضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب أن المراد أن الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز أن لا يقطع المستعير في تمام ذلك الوقت اما بعدد منه لخيانة نفسه أو بما منع عنه غيره فيلزم أن يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فافتقرا وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس له منتهى معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليس تمام لان تعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز أن يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقطع بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقطع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض من يد المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلا وما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث قال فان قيل هو مغرور ولانه ان لم يوقت صريح بالكن وقت دلالة لان البناء والغرس لا دوام فكانت الاعارة له توقيتا قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقطع بعد زمان لبيع كما هو العادة انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية فان قيل كما أن المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هي سالمة للمستأجر أيضا وهي الاتقاع بمنافع العين المستأجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما وحصول للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى الى هذا أشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفي المستأجر المنفعة عائدة الى الاجر لانه يتوصل به الى ملك الاجر أكثر ما فيه أن لكل واحد منهم ما فيه منفعة لكن منفعة الاجر أقوى لانه مال للعين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الاجر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المعصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعارد اية فردها الى اصطلح مالكاها فهلكت لم يضمن) وهذا الشخصان

(قوله والغرم بازاء الغنم) أقول تأمل فيه (قوله فيكون عليه مؤنة رد ملأ ذكرا) أقول من أن الغرم بالغنم

وفي القياس هو ضامن لانه تضيق لارد و صار كد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها أباه وجه الاستحسان ان في العارية عرفا ليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى الميرط وعلى هذا اذا استعار (١١٣) عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقدا لولم

رده الا الى الميرط للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده وأجيره مسانحة أو مشاهرة فهو صحيح لانها أمانة وله حفظها على يدهم كافي الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك ألا ترى أنه لو ردها اليه فهو ردها الى عبده واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقبل به وقبل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها مع أجنبي ضمن ودلت هذه المسئلة على أن المستعير لا يملك الابداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال بأنه يملك الابداع وهو مشايخ العراق أولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان اذ ذلك مودعا وليس له أن يودع غيره فاذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردّها الى الميرط (وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا (ولو رد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن) لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضى ما أودعها أباه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهري لم يردّها الا الى الميرط لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالاجير أن يكون مسانحة أو مشاهرة لانها أمانة وله أن يحفظها بيد من في عياله كافي الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله (وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لان المالك يرضى به ألا ترى أنه لو رده اليه فهو يردّه الى عبده وقبل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقبل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه أحيانا (وان ردها مع أجنبي ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لا يملك الابداع قصدا كما قال بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال (ومن أعار أرضا بيهضاه الزارعة يكتب انك أطمعتني عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يكتب انك أعرتني) لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع له أولى كافي اعارة الدار وله أن لفظه الاطعام أدل على المراد لانهم يختص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله أعلم بالصواب

ليكونه متبوعا أولى من المنفعة انتهى (أقول) في الجواب نظر اذا الظاهر أن مرادهم بالمنفعة في قولهم ان منفعة الآجر عين هو الآجر كما صرح به في الكافي والآجر لا يلزم أن تكون عينا البتة اذ قد صرحوا في كتاب الاجارات بأن الآجر قد تكون عينا وقد تكون دينيا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بأن منفعة الآجر عين على الكيفية فلم يتم الجواب (قوله وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها) قال صاحب العناية في تحرير المقام وفي القياس هو ضامن لانه تضيق لارد و صار كد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها أباه (أقول) هذا محذور مختل فان قوله لان الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي أن يذكروا في بيان وجه القياس كما لا يخفى وله هذا المذكرة أحد سواء ههنا بل انما ذكره في محله فيما سيأتي كما ترى

(قوله وفي القياس هو ضامن لانه تضيق لارد الى قوله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها أباه) أقول (كتاب وفيه بحث فان هذين التعليين يتضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما هنا) (قوله فكان اذ ذلك مودعا) أقول بل يكون اذ ذلك متعديا حتى اذا هلك في يده ضمن فكذا اذا تركه في يد الأجنبي ذكره الزيلعي فراجع نعم كونه كالمودع بعد انقضاء المدة قول بعض الاصحاب لكن الرجحان للتضمن وهو قول السرخسي واختيار قاض خان رحمه الله



## ﴿ كتاب الهبة ﴾

قد ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها جلب المحبة وهي في اللغة عبارة عن ابصال الشيء إلى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وفي الشريعة عليك المال بلا عوض (وهو عقد مشروع) (١١٣) لقوله صلى الله عليه وسلم نهاد وانحايوا

وعلى هذا انعقد الإجماع ونصح بالإيجاب والقبول والقبض) وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلأن الإيجاب كاف ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فهو هب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلأن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع (وقال مالك يثبت الملك فيما قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

### ﴿ كتاب الهبة ﴾

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام نهاد وانحايوا وعلى ذلك انعقد الإجماع (ونصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلا نه عقد والقعد بنعقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

### ﴿ كتاب الهبة ﴾

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترتيب من الأدنى إلى الأعلى ولأن العارية كلمة رد والهبة كالتركيب لأن فيها تملك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تخصي ولا تختص على ذوي النهي فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال أنك أنت العزيز الوهاب وهذا يعني محاسنها ثم إن الهبة في اللغة أصلها من الوهب والوهاب يتسكن الهاء وتحريكها وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تحذف أوائلها ويعوض في آخرها الناء ومعناها إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال يقال وهب له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهم به منه قبله واستوهب طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره وأما في الشريعة فهي عليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون (أقول) يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما نرى ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النزاع ولا لا يراه مع ظهور وروده جدا غير أن صاحب الدرر والقرر قصد إلى الجواب عنه حيث قال في منتهى هي عليك عين بلا عوض وقال في شرحه أي بلا شرط عوض لأن عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اه كلامه (أقول) فيه نظر إذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقرر في العلوم العقلية من أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لشيء لكان تعريف الهبة صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشهد ثم أقول يمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالعنى إن الهبة هي عليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وإن كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الاكتساب ألا ترى أنهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم أقول بقي في التعريف المزبور شيء وهو أنه يصدق على الوصية بالمال فانها أيضا عليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الأعيان فلو زادوا قيد في الحال فقالوا هي عليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك فإن الوصية عليك بعد الموت لا في الحال (قوله ونصح بالإيجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية أي نصح بالإيجاب وحده في حق الواهب

### ﴿ كتاب الهبة ﴾

(قوله قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا) أقول وظاهر أن الولي ليس بمال ولا عتق قال المصنف (ونصح بالإيجاب والقبول) أقول قال العلامة الكاكي فـ وله ونصح بالإيجاب كقوله وهبت وصحوه كما يحق أي نصح في حق الواهب عجزا بالإيجاب وفي حق الموهوب بالقبول والقبض لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع

(١٥ تكمله - سابع) فصار هو عندنا بمنزلة الإقرار بالوصية ولكن الموهوب له لا يملكه إلا بالقبول والقبض وغرة ذلك فمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث أو حلف على أن يهب فلانا فوهبه ولم يقبل بر في يمينه عندنا انتهى ولا يذهب عليك عدم مطابقة الشرح للشروح

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة المقبوضة والمراد نفي الملك لأن الجواز بدونه ثابت

وبالاجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فثبت بالتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وغرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الايمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد برى في عينه بخلاف البيع اه كلامه واقتنى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال أيضا وعزا إلى الحصر والمختلف وبني صاحب العناية أيضا كلامه ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلا نال الاجاب كاف وهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برى في عينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلا نال الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع اه والشارح العيني أيضا اقتنى أثره ولا بد بالجملة أكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده (أقول) هذا الذي ذكره وان كان مطابقا لما ذكره المصنف في مسائل متفرقة من كتاب الايمان فإنه قال هناك ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برى في عينه خلافا لزرارة فإنه يعتبره بالبيع لانه تملك من له ولنا انه عقد تبرع فثبت بالتبرع وهذا يقال وهب ولم يقبل اه الا انه غير مطابق لما ذكره في هذا المقام لان قوله أما بالايجاب والقبول فلا نه عقد والعقد ينقد بالايجاب والقبول بمنزلة الصريح في ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود وبشهادتهم هذا أيضا قوله والقبض لا بد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع فثبت بالتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا ستر به عنده من له ذوق صحيح ثم ان صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحا قبيل هذا الكلام بأن ركن الهبة هو الاجاب والقبول ولا يخفى ان ذلك التصريح منه ما ينافي القول منه ما ههنا بأن الهبة تتم بالايجاب وحده اذ لا شك أن الشيء لا يتم ببعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الاجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تملكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يبحث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدوره وهو الاجاب لا القبول لانه فعل الغير اه كلامهما (أقول) هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف ههنا الا أنه غير ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه آنفا وأيضاً رد عليه أن التعليل المذكور للبحث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي أن يبحث أيضا فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم يقبل لان المقدوره في كل عقد هو الاجاب لا القبول مع أنه لا يبحث في صورة البيع كما صرحوا به والخاص ان كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد الاجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركناً لأن العقد ينقد بمجرد الاجاب الواهب ولهذا قال علماءنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يبحث في عينه عندنا وقال صاحب النخبة ركنها الاجاب والقبول ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الاجاب والقبول الى هنا كلامه وقال صاحب البدائع أماركن الهبة فهو الاجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحضارنا والقياس أن يكون ركناً وهو قول زرارة في قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهب له فلم يقبل انه يبحث استحضارنا وعند زرارة لا يبحث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة المقبوضة أي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق

(ولانه عقد تبرع) وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به (وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه التزام التسليم) ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيجه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشئ الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كاذ كرت من الصور فانه يجب بالنذر أو الشرع وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاه فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا الزام ثم زيادة على ما تبرع وذلك (لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الالتزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم) وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية الحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة (١١٥) لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم

والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأبد به وهو وفي الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكون الموت ينافي المالكية فصح الالتحاق (قوله وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصي له على تسليم الوارث اليه وتقرر به أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها لقيام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جازا استحصانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن يأذن له الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو وقول الشافعي لأن القبض

ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها قال (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحصانا (وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

ويقبض وأجمعوا على أنه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا بحث الى هنا كلامه (قوله ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد تنوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به واجاب شئ لم يتبرع به بخلاف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروح ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيجه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشئ الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كاذ كرت من الصور فانه يجب بالنذر أو الشرع وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاه فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا في العناية أخذ من النهاية (أقول) فيه كلام أما أولا فلا ن قوله فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرهما مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سيأتي وأما ثانيا فلا أنه اذا جازله الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم اذ يجوز الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم التسليم فن أين يجب الزام التسليم فليتامل في الدفع (قوله ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) قال الشراح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف

تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق (بالانفاق) والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا) وهو وجه الاستحسان في الاول (أن القبض في الهبة بمنزلة القبول) في البيع (من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول

قال المصنف (وهو التسليم فلا يصح) أقول قال الكاكي لا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه انتهى وفيه بحث (قوله فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول) أقول ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام قال العلامة الكاكي وصاحب النهاية قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح انتهى وليس فيما قاله ما يدل على عدم استقامة المعنى اذا تعلق بالقبول



لا يستلزم الإيجاب التام اه (أقول) لعل المانع عنه أمران أحدهما أن المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء أن يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما إذا كان في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة فان كلا منهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد زول أحدهما منزله الآخر وقيام مقامه بخلاف ما إذا كان في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فانه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلة وعن هذا قال في المبسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع وثانيهما أن التوقف وإن لم يستلزم الإيجاب التام الآن القبول في الهبة كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزليعي في التبيين وذكر في الذخيرة أيضا فلا يصح أن يقال إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المصنف ولنا إن القبض الخ حيث قال وكان ينبغي أن يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله قلت لما كان القياس هو قول الشافعي وجه الاستحسان قولنا فاسب أن يقول ولنا وإن لم يصرح بذلك الشافعي اه (أقول) أن تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا إجماعا إلى وقوع منازع في هذه المسئلة وأما مناسبة هذا القول وحسنه فأنما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية مؤاخذا المصنف بتقوية المناسبة في تحريره لأنني الصحة والجواز عن كلامه بالكلمة فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعتراض على الدليل المزبور بأنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس وأجيب بأن الإيجاب من البائع شرط العقد وهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث فأما إيجاب الواهب فعقد تام بدليل أنه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصح الأمر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية إلى الاختلافات (أقول) في الجواب بحث أما أولا فلا بد دفع السؤال المذكور بل يقرره لأن حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة القائلة إن القبض بمنزلة القبول بأنه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير إلى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين إيجاب الواهب وإيجاب البائع بأن الأول عقد تام والثاني شرط العقد وجعل هذا الفرق مدار الصحة القبض بالآن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالأمر بعد المجلس في البيع وخلاصة هذا بيان صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدح في قولهم إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلا نهم صرحوا بأن الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لا يقتضيه أيضا إلى القبض كما ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولا يخفى أن الجواب المذكور لا يتمشى في تلك الصورة رأسا لأن الإيجاب في البيع الصحيح والإيجاب في البيع الفاسد شيان في كونهما شرط العقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور هناك وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور وجهين آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكره لما كان القبول بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا

(والمقصود منه) أي مقصود الواهب من عقد الهبة (اثبات الملك) للموهوب له وإذا كان كذلك (فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض) محصلاً لمقصوده فكان إذا دلالة (ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقاً بالقبض بالقبول والقبول بتقيد المجلس فكذا ما قام مقامه) فإن قيل يلزم على هذا ما إذا انتهى عن القبض فإن التسليط موجود ولم يجزله القبض أجاب بقوله (بخلاف ما إذا انتهى) يعني صريحاً (في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) وفيه بحثان الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون أدته (١١٧) جازله أن يسترده ويجبسه لئلا يثنى

وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بأننا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمنى لا معتبر به

(قوله وفيه بحثان الأول أنه لو كان القبض بمنزلة القول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع) أقول فيه فروعاً كما ذكره (قوله وأجيب عن الأول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد) أقول ولهذا الحلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث (قوله وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه) أقول هكذا وقع في هذه النسخة موافقاً لما في سائر الشروح وفيه بحث فانه لو صح ما ذكره لجاز القبول

والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقاً بالقبول والقبول بتقيد المجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما إذا انتهى عن القبض في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح

هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف أنه عقد والعقد ينقد بالإيجاب والقبول اهـ (أقول) كلا وجهي بجزمه ساقط أما الأول فلأن الملازمة في قوله لو صح ما ذكره لجاز القبول بعد المجلس بأمر الواهب مسلمة فإما بطلان الثاني فممنوع إذ قد ذكرنا فيما مر أنفائه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على مانص عليه في التبيين وذكر في الذخيرة أيضاً فإذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلاً فلا نصح بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كما لا يخفى وأما الثاني فلا نفاذ نقلنا عن البدائع فيما مر أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً والقياس أن يكون ركناً فإدراك جواب المذکور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الإيمان بأن الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل والعامل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان (قوله والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض) يعني أن مقصود الواهب من عقد الهبة إثبات الملك للموهوب له وإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسليطاً على القبض تحصيلاً لمقصوده فكان إذا دلالة ونقض هذا بفصل البيع فإن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم إذا تم الإيجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض حتى أن المشتري لو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويجبسه حتى يأخذ الثمن وأجيب بأننا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمنى لا قصدى فلا معتبر به كذا في الشروح (أقول) لا يرد النقض المذکور رأساً إذ لو سلم أن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فكذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فإن القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر (قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقاً بالقبول والقبول بتقيد المجلس فكذا ما يلحق به)

بعد المجلس بأمر الواهب أيضاً هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينقد بالإيجاب والقبول وأما قصة الحلف فأمرها سهل لكون مبناها على العرف ولعل الأولى أن يقال في الجواب القبض بمنزلة القبول وليس به حقيقة في النظر إلى كونه بمنزلة جواز القبض في المجلس بلا إذن الواهب وبالنظر إلى التغاير حقيقة صح الأمر بالقبض بعد المجلس أي أننا لا نخطأ رتبته عن القبول فتأمل ووقع في بعض النسخ وخدع قد تامل فلا يرد عليه هذا البحث نعم يرد على ما في الشروح الآخر فتدبر (قوله وعن الثاني بأننا لا نسلم أن مقصود البائع الخ) أقول ولو سلم أن المقصود بذلك قبض المبيع المقصود ويحصل الملك للمشتري ولا يتوقف على القبض حتى يرد ما ذكره وأما حق الاسترداد فلو كان المبيع قبل نقد الثمن كالموهون فإن قيل - قال الرجوع ثابت في الهبة أيضاً فلا ينافي ذلك كون الإيجاب تسليطاً قلنا ذلك في الهبة ليس بكلى الأثر إلى موانع الرجوع في الهبة بخلاف البيع فتأمل

قال ( وتنقد الهبة بقوله وهبت ونخلت وأعطيت ) لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام كل أولادك نخلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله وهبك الله بمعنى واحد ( وكذا تنقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا النسي ونخلتك على هذه الدابة اذا نوى بالجلان الهبة ) أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين أقول لقائل أن يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقر فيهما من أنفالا من جميع الحثبات الا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فان ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحثية المذكورة بالمجلس أيضا فان تقيد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنادخلا في العقد ولهذا لا يصح القول بعد المجلس بأمر البائع أيضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقفا عليه لثبوت حكم العقد والالزام أن لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن أيضا فتأمل والاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحها واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب له اذا لم يوجب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذا لم يشرى بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت اقتضاء ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقيد بضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحها متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثباتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصالان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى ( قوله أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين ) قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الاطعام في الكفارة التملك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم عنه فانهم انتهوا كلامه ( أقول ) يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالاضافة الى ما يطعم عنه أن يذكروا ما يطعم عنه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على أصل وضعه وهو الاباحة ورشدك الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في أوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين إشارة الى أن الأصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طعاما لا جعله مالكا والحق به التملك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فأقيم التملك مقامها انتهى وقال في التلويح وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فانما كان هبة وتعليقا بقرينة الحال لانه لم يجعله طعاما قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو لملك والافلا باحة انتهى ولعل المراد من الاضافة الى ما يطعم عنه ما ذكره في التلويح من جعله مفعولا ثانيا فلا يرد ما أورده المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوقاية

قال ( وتنقد الهبة بقوله وهبت ونخلت وأعطيت ) لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام كل أولادك نخلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله وهبك الله بمعنى واحد ( وكذا تنقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا النسي ونخلتك على هذه الدابة اذا نوى بالجلان الهبة ) أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين أقول لقائل أن يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقر فيهما من أنفالا من جميع الحثبات الا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فان ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحثية المذكورة بالمجلس أيضا فان تقيد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنادخلا في العقد ولهذا لا يصح القول بعد المجلس بأمر البائع أيضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقفا عليه لثبوت حكم العقد والالزام أن لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن أيضا فتأمل والاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحها واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب له اذا لم يوجب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذا لم يشرى بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت اقتضاء ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقيد بضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحها متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثباتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصالان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى ( قوله أما الاول فلان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين ) قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الاطعام في الكفارة التملك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم عنه فانهم انتهوا كلامه ( أقول ) يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالاضافة الى ما يطعم عنه أن يذكروا ما يطعم عنه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على أصل وضعه وهو الاباحة ورشدك الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في أوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين إشارة الى أن الأصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طعاما لا جعله مالكا والحق به التملك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فأقيم التملك مقامها انتهى وقال في التلويح وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فانما كان هبة وتعليقا بقرينة الحال لانه لم يجعله طعاما قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو لملك والافلا باحة انتهى فتأمل ترشد ثم انه قد ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الأصل واذا قال أطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال أطعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية انتهى ( أقول ) لا يذهب على ذي فطنة ان اطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف بما ذكره لا يطاقان رواية الأصل لان الطاهر منه ما أن يكون قوله أطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الأصل صريح في أن قوله المذكور انما يكون هبة اذا قيد بقوله فاقبضه وأما ما لم يقيد بذلك فيجتمعا الامر برأي



وخوله عليه الصلاة والسلام  
(ولورثته من بعده) أي ولورثة  
الممثلة من بعده الممثلة  
يعني تثبت به الهبة ويبطل  
ما اقتضاه من شرط الرجوع  
وكذا لو شرط الرجوع  
صريحاً يبطل شرطه وقوله  
(لما قلنا) إشارة إلى قوله فلان  
حرف اللام التمليك وقوله  
(فلان الرجل هو الراكب  
حقيقة) يعني أنه تصرف في  
المنافع (فيكون عارية) إلا  
أن يقول صاحب الدابة  
أردت الهبة لأن اللفظ قد  
يذكر التمليك فإذا نوى  
تحتمل لفظه فيما فيه  
تشديد عليه عملت نيته  
لا يقال هذا يناقض ما تقدم  
في العارية من قوله لانهما  
لتملك العين وعند عدم  
إرادته الهبة يحتمل على  
تمليك المنافع مجازاً لما  
أشرنا إليه هناك أن قوله  
لانهما التملك العين يعني  
في العرف فاستعماله في  
المنافع مجاز عرفي فيكون  
قوله ههنا لان الرجل هو  
الراكب حقيقة يعني في  
اللغة فاستعماله في الحقيقة  
العرفية مجاز لغوي

(قوله لان الرجل هو الراكب  
حقيقة يعني أنه تصرف)  
أقول ضميراً أنه راجع إلى  
الرجل (قوله لما أشرنا إليه الخ)  
أقول جواب لقوله لا يقال  
هذا يناقض ما تقدم الخ

بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لان عيها لا تطعم فيكون المراد كل غلتها  
وأما الثاني فلان حرف اللام التمليك وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام فن أعمري فهي للممثلة  
ولورثته من بعده وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمري لما قلنا وأما الرابع فلان الرجل هو الراكب  
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال جل الأمير فلان على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه  
عند نيته (ولو قال) كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لانه يراد به التملك قال الله تعالى  
أو كسوتهم ويقال كسا الأمير فلان ثوباً أي ملكه منه

الهبة والعارية وان النظر المذكور لا ينصبه أصلاً على ما في رواية الأصل لان التملك انما يستفاد على  
هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لامن لفظ الاطعام فلا ينافي أن يكون الاطعام في آية الكفارة على  
أصل وضعه وهو الاباحة (قوله بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لان عيها  
لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها) أقول لقائل أن يقول كون الأرض مما لا يطعم عيها انما يفتى  
أن لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقة ولا يقتضي أن لا يراد به عليك العين مجازاً كما يريد به ذلك اذا  
أضيف الى ما يطعم عيها فانهم حملوا هناك على عليك العين مع أن حقيقة الاطعام جعل الغير طاعماً أي  
أكلاً لا جعله مالكاً كما صرحوا به والجواب انه وان أمكن أن يراد بالاطعام المضاف الى مثل الأرض عليك  
العين مجازاً لكن هذا التجوز ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف أن يراد اطعام الغلة على طريق  
ذكر المحل وإرادة المحل كما أن المتعارف فيما اذا أضيف الاطعام الى ما يطعم عيها أن يراد به عليك  
العين وكلام القائل انما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمل له اللفظ تدبر (قوله وكذا إذا قال  
جعلت هذه الدار لك عمري لما قلنا) قال صاحب العناية قوله لما قلنا إشارة إلى قوله فلان حرف اللام التمليك  
واقنى أثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان (أقول) الظاهر أن قول المصنف هذه الإشارة إلى  
قريبه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام فن أعمري فهي للممثلة ولورثته من بعده ويدل على  
هذا كره هذه الصورة في ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لكان كرهاً في ذيل  
الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها أصلاً اذ قد سبق ذكرها إذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي  
قاله وأما الثاني ولا يرى أثر فرق بينه وبين ما إذا قال جعلت هذه الدار لك عمري الا باشتغال هذه الصور  
على لفظة عمري دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك التملك لا كون لفظة  
العمري لانبات الملك للممثلة لكان ذلك كره هذه الصورة مستدركاً كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته  
لقال لما رويناه كما هو دأبه عند قصده الإشارة إلى السنة قلت كأن الشارحين المزبورين اغتراباً بذلك  
ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام  
لا عن نفس الحديث وقد أشرنا إليه في تحرير مراده فتبصر (قوله وأما الرابع فلان الرجل هو الراكب  
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال جل الأمير فلان على فرس ويراد به التملك فيحمل عليه  
عند نيته) يعني أن الرجل تصرف في المنفعة فيكون عارية إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لأن  
هذا اللفظ قد يذ كر التملك العين فإذا نوى ما يحتمل لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال في الكفاية  
فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة العارية ان قوله جعلت لك التملك العين  
قلنا حقيقة العارية انظر الى الوضع وهو تملك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت  
مهمجرة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشتك انتهى وذكر صاحب العناية في ذيل ذلك  
بعبارة أخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانهما التملك العين وعند  
عدم إرادته الهبة يحتمل على عليك المنافع مجازاً لما أشرنا إليه هناك ان قوله لانهما التملك العين

(ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة وقوله (ولو قال داري لك هبة سكتي) (١٢٠) أو سكتي هبة) انما هو بنصب هبة في الموضعين اما على الحال أو التمييز لما في قوله

(ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) (ولو قال داري لك هبة سكتي أو سكتي هبة فهي عارية) لان العارية محكم في تعليق المنفعة والهبة محتملها وتحتمل عليك العين فيجمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمري سكتي أو سكتي صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه (ولو قال هبة تسكتها فهي هبة) لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسيره وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكتي لانه تفسيره

يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان العمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى (أقول) بقرينة اشكال وهو انه قد تقررت في كتب الاصول انه اذا كانت الحقيقة مستعملة في المجاز متعارفا فعند أبي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي أولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي أولى والعمل به وما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا اذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبي حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الاركاب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تعليق العين فينبغي أن يحمل العمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على أصل أبي حنيفة وان يحمل على الهبة وان لم ينوها على أصلهما مع أن وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتمدة على الاول من غير أن يذكر الخلاف في شيء منها فليتامر ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التأمل فيه حتى ترجح أحد معنييه أو معانيه بالادلة أو الامارات على ما تقررت في علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف فأين هذا من ذلك (قوله ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة كذا في الشروح (أقول) ههنا كلام أما أولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة العمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة أن يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية أن قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد بهما الهبة وقال في التعليل لانهم ما تعليق العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تعليق المنافع فجوزا فكان بين كلاميه في المقامين نوع تنافر وأما ثانيا فلان تعليق هذه المسئلة بما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحتك هذا الدراهم أو هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحتك هذه الارض أو هذه الجارية فهو عارية وقال فالأصل ان لفظة المنحة اذا أضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا أضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المتبشرات وقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتأمل في التوجيه (قوله لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسير) اذا الفعل لا يصلح تفسير الاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لأن قوله تسكتها فعل المخاطب فلا يصلح تفسير القول المتكلم ونقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر مختار العامة (أقول) ليس هذا بصحيح لان قوله تسكتها ليس بفعل المخاطب وانما فعل المخاطب السكتي الذي دل عليه لفظ تسكتها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ التسكلم فعل

داري لك من الابهام وقوله (لان العارية محكم في تعليق المنافع) كان الواجب أن يقول لان سكتي محكم في تعليق المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز أن يقال سكتي لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية (ولو قال هبة تسكتها فهي هبة لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسيره وهو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار عمره ليسكتها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التملك بمنزلة قوله ههنا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكتي لانه تفسيره) والفرق بينهما أن قوله سكتي اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكتها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكتها فعل المخاطب فلا يصلح تفسير القول المتكلم

(قوله والفرق بينهما ما أن قوله سكتي اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكتها لكونه فعلا) أقول لا يقال له نظائر كثيرة من جملتها هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب

المخاطب

أليم تؤمنون بالله الآية لانه تبيين لا تفسير وبينهما فرق (قوله وقيل لان قوله تسكتها فعل المخاطب فلا يصلح تفسير القول المتكلم) أقول وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف في كتاب المضاربة

قال ( ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحوزة مقسومة الخ ) الموهوب اما أن يحتمل القسمة أولا وضابط ذلك أن كل شيء يضره التبعض فيوجب نقصا في ماله لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب التمر على التخييل دون التخييل أو الزرع في الارض دونها فان الموهوب ليس بمحوز أي ليس بمقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا جز قبض التمر الموهوب على التخييل ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لانه غير منقسم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه المحوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه فمقر زافانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أقر زه وسلم صحته ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توقف اثباتها للملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الافراز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا تحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهر اودية النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكر وقال الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك لاوهوب له لانه عقد تملك وهو ظاهر وعقد التملك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه يعني الصحيح والفاقد والصرف والسلم فان الشبوع لا يمنع تمام القبض ( ١٢١ ) في هذه العقود بالاجماع فاذا باع

وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا وانخرج عن ضمان البائع والدخول في ضمان المشتري مبني على القبض وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبديل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أي لحكم عقد الهبة وهو الملك كافي البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحل لا يلزم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع فمكان جائزا فان قيل لان السلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشبوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يبعد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشبوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه ( أقول ) تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا الان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا أن يكون قول المصنف وهذا

قال ( ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ) وقال الشافعي تجوز في الوجهين لانه عقد تملك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشبوع كالقرض والوصية ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب

المخاطب ( قوله وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشبوع كالقرض والوصية ) قال صاحب العناية في حل هذا الكلام وهذا أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أي لحكم عقد الهبة وهو الملك كافي البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحل لا يلزم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع فمكان جائزا فان قيل لان السلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشبوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يبعد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشبوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه ( أقول ) تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا الان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا أن يكون قول المصنف وهذا

( ١٦ - تكمله سابع ) فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع فمكان جائزا فان قيل لان السلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشبوع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يبعد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشبوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا أن القبض في الهبة منصوص عليه لما روي من قوله عليه الصلاة والسلام لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه بشرط كماله لان التخصيص عليه يدل على الاعتناء بجوده وقبض المشاع ناقص لانه لا يقبله الا بضم غيره اليه أي بضم غير الموهوب الى الموهوب أو بالعكس فان كلامه يحتملها ما والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة لعدم النافية للاعتناء بشأه

( قوله اما أن يحتمل القسمة أولا الى قوله فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار الخ ) أقول قوله فالثاني ناظر الى قوله أولا والاول ناظر الى قوله اما أن يحتمل القسمة ( قوله وتصحيحه بما ذكر ) أقول أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة الخ ويجوز أن يكون المراد ما لا يقسم شرعا قال المصنف ( لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك ) أقول فان قيل نحن لا تنازع في كون المشاع محلا لعقد فلا مساس لهذا الكلام هنا قلنا يظهر توجيهه بأدنى تأمل ( قوله وبأن أوصى لرجلين بألف درهم ) أقول معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم



(١٢٢) شيألم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ونحو ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا

ولان في تجويزه الزام الواهب ضرره مرضي لان اقدمه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا أجيب بأن المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا أي ولان في تجويزه هذا العقد الزام مالم يلتزم امتنع جـ واره قبل القبض لثلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف مالا يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفي به ضرورة ولا أنه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل لزمه المهابة وفي ايجابها الزام مالم يلزم بالعقدة ومع ذلك العقد حائز فلتسكن مؤنة القسمة كذلك

( قوله أجيب بأن المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع الى قوله وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة ) أقول وفيه بحث فانه يعلم أنه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه أبأوه على أنه أن يرجع عن هبته ولا تلزمه المؤنة فليتأمل ( قوله فان قيل لزمه المهابة وفي ايجابها الزام

مالم يلزم ) أقول ممنوع فان الاقدام على عقد الهبة التزام

ولان في تجويزه الزامه شيألم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جـ واره قبل القبض لثلا يلزمه التسليم بخلاف مالا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفي به ولا أنه لا تلزمه مؤنة القسمة

لان المشاع الخ دليل على أصل مدعى الشافعي وهو قوله تجوز في الوجهين فيكون دليل لا نابع عليه فكان ينبغي أن يقول المصنف ولان المشاع يدل قوله وهذا لان المشاع والثاني أنه ارتكب تقدير مقدمات حيث قال فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع غنة فكان جائزا والباعث عليه جعله لفظ هذا اشارة الى جـ واره والثالث أنه جعل قول المصنف وكونه تبرعا الخ على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله ولا مانع غنة والحق عندي أن مقصود المصنف من قوله وهذا لان المشاع الخ اثبات كبرى الدليل السابق وهي قوله فيصح في المشاع لاثبات أصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى وهذا أي صحته في المشاع أو كونه صحيحا في المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محله فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية أما الاول منهما فظاهر جدا وأما الثاني فليس قوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشبوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو أن يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزامه عليه مالم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع لا يمنع الشبوع كالقرض والوصية يعني أن الشبوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية وهو جعل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر ( قوله ولان في تجويزه الزامه شيألم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ) يعني ان في تجويزه عقد الهبة في المشاع الزام الواهب شيألم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضي لان اقدمه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا أجيب بأن المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجـ واز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها كذا في العناية أخذ من شرح تاج الشريعة ونفعهما الشارح العيني ( أقول ) في الجواب بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل أعني قوله ولان في تجويزه الزامه شيألم يلتزمه وهو القسمة لان الذي يستلزمه تجويزه هبة الشيء انما هو الزام واهبه حكم الهبة وهو ثبوت الملك له وهو بـ له شيألم يستلزمه حكمها وأما ما ليس بحكم الهبة ولا شيألم من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شيء فاذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيألم يستلزمه حكمها فأين يلزم من تجويز هبة المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه مالم يلتزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذي ذكره في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفروز وهو يستلزم القسمة لاننا نقول لانسلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفروز بل حكمها هو الملك مطلقا ألا ترى ان هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة جائز قبل الاتفاق وحكمها ثابت قطعاً مع ان حكمها هناك ليس الملك المفروز بل الرب بل هو الملك المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفروز لم يصح قول المجيب ان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لان من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعاً ولو كان حكمها مطلقا هو الملك المفروز تعين الرضا منه بما يستلزم القسمة وهو الملك المفروز هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه أبأوه على أنه أن يرجع عن

أجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والعين ولقائل أن يقول ان الزام ما لم يلزم الواهب به قد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لان المهاياة لا يحتاج اليها ولا يلزم ما اذا ألتف الواهب الموهوب بعد التليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع (قوله والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره أن الشيوخ مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه أجيب بأن كلاهما فيما يكون القبض منصوصا عليه لتبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولا نهى عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فان قيل اذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة وما جازت فالجواب سيأتي والقرض تبرع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبي (١٣٣) والعبد وعقد ضمان من وجه فان

المستقرض مضمون بالمثل  
فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض  
فيه ولشبهه بعقد الضمان  
لم نشترط فيه القسمة عملا  
بالشبهين على أن القبض  
فيه ليس منصوصا عليه فبراى

والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولا نهى عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملا بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوخ قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لماذا كرنا (فان قسمه وسلمه جاز) لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوخ

على الكمال (ولو وهب من  
شريكه لم يجوز) وان لم يلزم  
فيه مؤنة القسمة (لان الحكم  
يدار على نفس الشيوخ) فانه  
مانع عن كمال القبض فيما  
يجب القبض فيه على الكمال  
فكانه اشارة الى الوجه الاول  
وعلى ذلك قبل الوجه الثاني  
غير متمش في جميع الصور  
ولا يكون صحيحا وهو غلط لانه  
علة النوعية لا ثبات نوع  
الحكم وذلك لا يستلزم  
الاطراد في كل شخص (ومن  
وهب شقصا مشاعا فالهبة

هبة ولا تلزمه المؤنة فليتأمل اه (أقول) كل واحد من أصل مجتمعه وعلاوة ساقط أما الاول فلا نه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه باؤه الا أن طلب شريكه اياها غير متعين بل محتمل والاقدام على العقد إنما يقتضي الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولو ازمه لا بما هو من محتملات ذلك وأما الثاني فلا نه في رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تجويز هبة المشاع الزام الواهب أحد الضررين وذلك لا يجوز وأيضا هل يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المشاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه على انه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد هي التي تحقق في الموانع عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك ثم أقول بقي شيء في أصل هذا التعليل وهو ان الواهب المشاع اما أن يرضى بالقسمة أو يمنع عنها فان رضى بها كان ملتزما اياها فلم يكن في الزامه مؤنة القسمة الزامه ما لم يلزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبي حنيفة لان مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجي في كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أنه ان لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد تلزمه المهاياة وفي

فاسدة) أي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحوزة وقوله (لماذا كرنا) اشارة الى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن أعادها تمهيدا لقوله (بان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوخ) وبه تبين أن المانع من الشيوخ ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جلة جازت

(قوله والجواب بتخصيصه بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى قوله بعوده الخ (قوله لان ذلك بالاتلاف) أقول يعني ليس ذلك حكم العقد بخلاف القسمة فانهم من أحكام الملك الذي هو حكم العقد (قوله فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه الخ) أقول فيه أنا لان السلم كون القبض منصوصا عليه في الصرف ومعه في قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين ولزوم القبض اضرورة التعيين على ما حققه المصنف في باب الربا (قوله وفي الصرف لبقائه في ملكه) أقول فيه بحث قال المصنف (ولو وهب من شريكه لا يجوز) أقول قال الرافعي في شرح الوجيز الشائع يجوز هبته كما يجوز بيعه ولا فرق بين المنقسم وغير المنقسم ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة لا تصح هبة المنقسم من غير الشريك وبالفق قال لو وهب الشيء المنقسم من اثنين لم يصح أيضا انتهى في قوله وعند أبي حنيفة الخ بحث لا يخفى

قال (ولو وهب دقيقا في حنطة الخ) بنى كلامه ههنا على أن الحمل إذا كان معدوما حالة العقد لم ينقذ إلا بالتجديد بخلاف ما إذا كان مشاعا فإنه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التجديد (١٣٤) وذلك واضح لصلاحية المشاع للعلية دون المعدوم وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف

بقوله لا يجوز هبة المشاع وقوله  
فالهبة فاسدة وقوله لأن  
امتناع الجواز لا اتصال هو  
عدم إفادة ثبوت الملك فلا  
يتوهم أنه اختار قول من ذهب  
إلى عدم الجواز لأنه لو كان غير  
جائزا لاحتاج إلى تجديد العقد  
عند الإفراز في المشاع كما في  
المعدوم وإنما جعل الرهن في  
السهم والدقيق والحنطة  
معدوما لأنه ليس بوجود  
بالفعل وإنما يحدث بالعصر  
والطحن ولا معتبر بكونه  
موجودا بالقوة لأن عامة  
الممكنات كذلك ولا تسمى  
موجودة وإذا كان العين في  
يد الموهوب لا يحتاج إلى  
قبض جديد لا تنفعا المانع وهو  
عدم القبض فإذا وجد القبض  
أمانة جاز أن ينوب عن  
قبض الهبة بخلاف ما إذا  
بأعده منه لأن القبض في  
البيع مضمون فلا ينوب عنه

قال المصنف (وهبة اللبن في  
الضرع) أقول قال صاحب  
التسهيل أقول في البيوع أن  
النوى في التمر لا يجوز بيعه  
وإن أخرجه وسلمه إلا أن يجردا  
ببيع جديد للشك في وجوده  
واللبن في الضرع كذلك فينبغي  
أن لا تصح هبته وإن سلم كبيع  
انتهى قال المولى الشهير  
بخضر شامرجه الله تعالى  
والفسق ظاهر إذا لوجود

قال (ولو وهب دقيقا في حنطة أو دهنًا في سهم فالهبة فاسدة فإن طحن وسلم لم يجز) وكذا السمن في اللبن  
لأن الموهوب معدوم ولهذا الواستخرجه الغاصب بملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا  
ينقذ إلا بالتجديد بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل للتبليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر  
الغنم والزرع والتخل في الأرض والتمر في النخل بمنزلة المشاع لأن امتناع الجواز لا اتصال وذلك يمنع  
القبض كالشائع قال (وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضا)  
لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما إذا باعته منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب  
عنه قبض الأمانة أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه

إيجابها الزام مالم يلتزم ومع ذلك العقد جائز قلته كن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فأجاب بأن المهايأة  
تلتزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لأن المهايأة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع إنما لاقت العين ولا  
الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمنا في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة  
ما في جملة الشروح والكافي ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل أن يقول الزام مالم يلتزم الواهب  
بعقد الهبة إن كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده إلى ما تبرع به كان تحكما والجواب  
بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عودته إلى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة  
بإخراجها عن ملكه وليس في غير ذلك لأن المهايأة لا يحتاج إليها أه كلامه (أقول) لا يرى في الجواب  
الذي ذكره كـ برطائل في دفع سؤال سائل لأن حاصله أن في عودته إلى ما تبرع به الزامه إخراج  
عين هي أجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهايأة فلقائل أن يقول إن لم يكن في المهايأة الزامه  
إخراج عين عن ملكه ففيه الزامه إزالة تنفع في زمان معين عن تصرفه وكون الأول أكثر ضررا من الثاني  
مطلقا غير مسلم فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمته  
فتكون إزالة التنافع بها أشق على الإنسان وأكثر ضررا له من إخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته  
عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فتحقق في صورتين معا غير أن الزائد عليها في أحدهما العين  
وفي الأخرى المنفعة والآن ظهر في الجواب عندي أن يقال تخصيص ذلك بما إذا عاد إلى ما تبرع به ولا يلزم  
التحكم لأن المحذور في الزامه مالم يلتزمه فيما إذا عاد إلى ما تبرع به لزوم المناقاة فإن التبرع ضد الزوم فهما  
لا يجتمعان في محل واحد وفيما إذا لم يعد إلى ما تبرع به لا تلزم المناقاة فإن المهايأة لاقت المنفعة والهبة  
لاقت العين فلم يصادف الزام والتبرع آنذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم إن صاحب غايه البيان  
بعد أن بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لا يجتمل  
القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدي ذلك إلى الزام التهاين فقول لا نسلم  
لأن التهاين ليس بواجب لأن فيه إعارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والإعارة لا تكون واجبة أه  
كلامه (أقول) لعل هذا الجواب ليس بصحيح لأن التهاين واجب ويجري فيه جبر القاضى إذا طلبه أحد  
الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسيأتي بيان ذلك في فصل المهايأة من كتاب القسمة  
وما ذكره بقوله لأن فيه إعارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس وقد صرحوا بأن القياس بأبامه ولكننا  
تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة إليه أدبه عذر  
الاجتماع على الاتفاق فأشبهه القسمة فقوله لهم في هبة المشاع فيما لا يجتمل القسمة يؤدي ذلك إلى الزام  
التهاين مما لا يقبل المنع أصلا (قوله وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها  
قبضا إلى قوله أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه) والاصل في ذلك أن نجانس القبضين بجواز نيابة

أحدهما  
بالفعل كاف في الهبة وإن لم يتعين به بخلاف البيع لأنه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ويشترط في انعقاد  
البيع القدرة على التسليم دون الهبة والتقرير بعد هذا واضح (قوله لا يحتاج إلى قبض) أقول كتابة عن الملك (قوله لا تنفعا المانع)  
أقول ووجود المقتضى وهو ظاهر لكن ينبغي هنا بحث والظاهر أن يقال لو جرد الشرط وهو القبض



قبض الامانة والاصل في ذلك أن تجانس القبض يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودبعة في يد شخص أو عارية فوهبه آياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوباً أو يبيع فاسد فوهبه آياه لم يحتاج إلى تجديد قبض لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودبعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينبوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الاشهاد بشرط الآن فيه احتياطاً للحرز عن جود الورثة بعدموته أو جوده بعد ادراك الولد (لأنه) أي لأن الموهوب (في قبض الأب فينبوب عن قبض الهبة) ويدمودعه كبدته بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً ببيع فاسداً (١٣٥) لأنه في يد غيره) يعني في الأولين (أو

في ملك غيره) يعني في الأخير (والصدقة في هذا كالهبة وكذا إذا وهبت الأم لولدها الصغير وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له) وقيد

قال (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لأنه في قبض الأب فينبوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يدمودعه لأن يده كبدته بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً ببيع فاسداً لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله

أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودبعة في يد شخص أو عارية فوهبه آياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوباً أو يبيع فاسد فوهبه آياه لم يحتاج إلى تجديد قبض لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودبعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينبوب عن قبض الضمان كذا في العناية وغيرها (أقول) يرد على ظاهر قوله أو يبيع فاسد فوهبه آياه أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع وأشار إليه المصنف فيما ساقى بعد أسطر بقوله أو في ملك غيره في قوله لأنه في يد غيره أو في ملك غيره على ما صرح به الشراح فاطبقة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه آياه بعد قوله يبيع فاسد فالجواب أنه قد مر أيضاً في باب البيع الفاسد أن لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه قبل القبض وبعده ففعال الفساد فالمراد بقوله فوهبه آياه فوهبه في البيع الفاسد بعد انفسخ العقد فينتقل الملك إلى البائع فتصح هبته آياه بل لا يبعد أن يجعل نفس الهبة فسخاً للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المثل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو يبيع فاسد بقوله بلا إذن البائع وقال فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقابض على ما سيجي به بعد أسطر فكيف تصح هبته اهـ (أقول) لا يحق على ذي فطنة أنه لا حاصل لما ذكره إذ لا يتصور بيع فاسد بلا إذن البائع لأن البيع مطلقاً لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول والإيجاب هو الإذن من البائع لا يقال يحتمل أن يكون مراده بالبائع في قوله بلا إذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولى مال أحد بغير إذن ماله ببيع فاسد أو يقبضه المشتري لأننا نقول فإن أذن المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع أي المالك وإن لم يأذنه فيه لا ينفذ البيع أصلاً فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أي

بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الأب وعدم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض (وكذا كل من يعوله) نحو الأخ والعم والأجنبي جاز له قبض الهبة لأجل اليتم قبل أطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الإيضاح ومختصر السكرخي أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه والجد أو الأب بعد الأب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحم محرم منه أو أجنبياً لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من عاك

التصرف في المال يمنع نبوت حق القبض له فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لنبوت نوع ولاية له حينئذ لا ترى أنه يؤديه وبسببه في الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقيد وذلك لأنه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ووصيه كوصي الأب

(قوله أو يبيع فاسد) أقول بلا إذن البائع فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقابض على ما سيجي به بعد أسطر فكيف تصح هبته (قوله قبل أطلق) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام) أقول فإنه مشهور أن الجد الصحيح كالأب إلا في أربع مسائل

(وان وهب له غير أجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك) الامر (الدائرين الضر والنفع فالنفع الهض أولى بذلك) قال (واذا وهب لليتيم هبة الخ) اذا وهب لليتيم مال فالقبض الى من له التصرف في ماله وهو وصي الاب أو جده اليتيم أو وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر أمه أي في كفها وترتيبها فقبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية وكذا اذا كان في حجر أجنبي يريه لانه يدا معبرة ألا ترى أن أجنبيا آخر لا يملك من نزع من يده فملك ما تمحض نفعه في حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه (١٣٦) وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من أهله أي من أهل مباشرة ما يتضمن نفعه له

(وان وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الاب) لانه يملك عليه الدائرين النافع والضار فأولى أن يملك النافع قال (واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب أو جده اليتيم أو وصيه جاز) لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب (وان كان في حجر أمه فقبضها له جائز) لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهما دامن بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل (وكذا اذا كان في حجر أجنبي يريه) لان له عليه يدا معبرة ألا ترى أنه لا يملك أجنبي آخر أن ينزعه من يده فملك ما يتبعه نفعه في حقه (وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقل لانه نافع في حقه وهو من أهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف وملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غير حاجب لا يملك كونه الابعدموت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح

فان قبل عقد الصبي اما أن يكون معتبرا أولا فان كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه وان كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبارا بالخلف مع وجود أهليته فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نافع محض معتبرا لتوفر المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توفيرها أيضا لانه يفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزا نظر له ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد بين النفع والضر سد الباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يستعمله النظر في عواقب الامور فلا بد من جسيمة برأي الولي واذا وهب للصغيرة هبة ولها زوج فاما أن زفت اليه أولا فان كان الاول جاز قبض زوجها لها لان الاب قد فوض أمورها اليه وهي حين زفها اليه صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ ماله وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها وأطلق

قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والم والأجنبي كذا في الشروح قال صاحب النهاية ومن يحد وحذوه بعده هذا البيان أطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد أو الاب بعد الاب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحم محرم منه أو أجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لتبوت وقوع ولاية حينئذ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اه وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضا لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الاب في أكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب اه كلامه (أقول) ليس هذا بتوجيه صحيح ان قد تقرر في كتب العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذلك بقطعي ولكنه السابق الى الفهم في الخطايات وأما اذا كان مؤخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضا أصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيضمحل ما توهمه صاحب العناية (قوله) وملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غير حاجب لا يملك كونه الابعدموت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله وملكه مع حضرة الاب أي وملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتأويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا

المصنف عن كونها يجمع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا يجمع لا يصح قبض الزوج وقال لها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غير حاجب لا يملك كونه الابعدموت الاب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا (قوله) وكذا اذا كان في حجر أجنبي (أقول) كالقبط (قوله) وجب أن لا يجوز اعتبارا بالخلف (أقول) لكنه معتبر ولهذا يملك بقبض الاب أيضا (قوله) فالجواب أن عقله الى قوله ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد (أقول) يعني لم يعتبر عقله في التردد

قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها فان كان الثاني فلا معتبر بقبض الزوج لها لان ذلك يحكم أنه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف قال (واذا وهب اثنان من واحد داراً جازاً) واذا وهب اثنان داراً من واحد جازاً لانتفاء الشبوع لان الشبوع اما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلباً هاجلة وهو قوله قد قبضها جلة فلا شبوع وان كانت بالعكس لا تجوز عند أبي حنيفة وقال لا تجوز لان هذه هبة الجلة بينهما لا اتحاد التملك ولا شبوع في هبة الجلة كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأخير الشبوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يخلو القسمة دون الهبة (١٣٧) ثم انه لو رهن من رجلين جاز

فالهبة أولى ولا يـ حنيفة ان هذه هبة النصف من كل واحد منهم ما اولهذالو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار كالمو وهب النصف لكل واحد منهم ما بعد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التملك ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشبوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشبوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشبوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعاً فما اذا حصل في أحدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعاً ووجه ذلك أن يقال ان سلمنا أن الشبوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين

لان تصرف هؤلاء الضرورة لا تفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال (واذا وهب اثنان من واحد داراً جازاً) لانهم سلباً هاجلة وهو قد قبضها جلة فلا شبوع (وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقال اصح) لان هذه هبة الجلة منهما اذ التملك واحد فلا يتحقق الشبوع كما اذا رهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهم ما اولهذالو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشبوع

وقال انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها انتهى كلامه وافتني أثره صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهر زاده قال في مبسوطه فن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبي والاب والجد والاخ وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عيالههم وان كان الاب حاضراً كما في الزوج ومنهم من فرق وقال بأن قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفي الأجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير وفيما ذكر من الأقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عيالههم فلا يكون له من القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه أن في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة قولاً آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله في الصحيح احترازاً عنه كما لا يخفى وأنا أتعجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة مذكورا في غاية البيان مع تفصيلات آخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الهمام كيف تبع رأى صاحب النهاية في جعل قول المصنف في الصحيح متعلقاً بقوله وملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيداً من حيث اللفظ والمعنى أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعوا اليه وأما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الإيضاح من أن قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حياً فقال وملك مع حياة الاب بدل قوله وملك مع حضرة الاب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل توقف (قوله ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشبوع) قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك يثبت لكل واحد

وأما المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصراً فيه بل الحكم يدور على نفس الشبوع لامتناع القبض به

(قوله قال صاحب النهاية الى قوله ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها) أقول قال الامام جلال الدين الخبازي من مشايخنا من سوى بين الزوج والاجنبي والام والجد والاخ في أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير في عيالههم وان كان الاب حاضراً كما في الزوج ومنهم من فرق الى آخر ما ذكره فحينئذ في قوله ليست رواية اخرى بحث (قوله وهذا استدلال من جانب الملك) أقول لو كان تقرير الدليل ما حرره الشارح لغا قول المصنف فيكون التملك كذلك والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك



(قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهد به و وجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل ثبت لكل واحد منهما كلاً ولهذا الوقضى دين أحدهما لا يسترد شيأ من الرهن وذ كر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينهما وبين رواية الأصل وذلك لأن رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الأصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيها ما عمن الجواز لأنه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلو فلا شيوع فيها (١٣٨) وأما الهبة فيراد بها وجه الغنى والفرض انهما اثنتان وقبل هذا هو الصحيح وتأويل

ما ذكر في الأصل الصدقة على غنيين فتكون مجازاً للهبة ويجوز المجاز على ما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما تملك بغير بدل قال (ولو وهب لرجلين دار الخ) اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداءً أو بعد الاجال فان كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثي لشخص وهبت لك ثلثي لا آخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولا آخر كذلك ولم يذكره في الكتاب وإن كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً أي سواء كان متفاضلاً أو متساوياً صريحاً على أصله وجاز عند محمد مطلقاً صريحاً على أصله وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة في المفاضلة لم يجز وفي المساواة جوز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي

بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس و ثبت لكل واحد منهما كلاً إذا تضاعف فيه فلا شيوع ولهذا الوقضى دين أحدهما لا يسترد شيأ من الرهن (وفي الجامع الصغير إذا صدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لم يجز ولو تصدق به على غنيين أو وهبها لم يجز وقال لا يجوز للغنيين أيضاً) جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر والصلاحيية ثابتة لأن كل واحد منهما تملك بغير بدل و فرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الأصل سوى بينهما ما قال وكذلك الصدقة لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنتان وقبل هذا هو الصحيح والمراد بالثاني كور في الأصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما ثلثها ولا آخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لأحدهما نصفها ولا آخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان

منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة إلا لذلك وإذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك إذا الحكم ثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل مآزره الشارح اغا قول المصنف فيكون التملك كذلك وقال والطاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك انتهى (أقول) كأنه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط فأورد عليه أنه لما جاز قول المصنف فيكون التملك كذلك وليس كذلك بل مراده أن هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتداء بنية في قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي أن يتفرع عليه كون التملك أيضاً كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم إن قوله والطاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب (قوله ولو وهب لرجلين داراً لأحدهما ثلثها ولا آخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز ولو قال لأحدهما نصفها ولا آخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداءً من غير سابقة الاجال أو يكون بعد الاجال فان كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين أو بالتساوي كالنصف وإن كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً أي سواء كان متفاضلاً أو متساوياً وجاز عند محمد مطلقاً وفرق أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة في المفاضلة لم يجز وفي المساواة جوز في رواية وقد أشار إليه المصنف بقوله عن أبي يوسف فيه روايتان ثم إن صاحب النهاية

يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية

جعل

(قوله فان كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثي لشخص وهبت لك ثلثي لا آخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولا آخر كذلك ولم يذكره في الكتاب) أقول قوله لشخص متعلق بقوله كقوله وقوله لا آخر متعلق أيضاً والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثي وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثي وقوله بالتفضيل بالصاد المهيمنة وقوله بالتفضيل بالمعجمة وقوله أو بالتساوي معطوف على قوله بالتفضيل والضمير في قوله ولم يذكره راجع إلى الأول في قوله فان كان الأول لم يجز بلا خلاف

جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها ولا خر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتداءً ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما أنه لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتداءً والفرق لأبي يوسف ما ذكره في الكتاب أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفصيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز وأما رواية الجواز فليكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بحاجة إلى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قبل أن في قوله أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض نوعاً خلاً حيث لا يعلم عما ذكر موضع خلافه من الأبعاض وما ليس فيه خلاف من الأبعاض فإنه لو نص على الأبعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا انصفها جازاً وأعمالاً يجوز عنده التنصيص على الأبعاض بالتنصيف إذا لم يتقدمه الاجمال وذلك لأنه يستدل على ما عدل فيه عن أصله والمذكور في الكتاب يدل عليه وأما صورة الجواز فليست بحاجة إلى الدليل لجرأتها على أصله ووضع دلالة التنصيص على الأبعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الأبعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض (١٣٩) خلا أنه يستوى فيه المساواة والمفاضلة بناءً على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة أيضاً وهو أن التفصيل إذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغواً كما في التنصيف في الهبة لأن موجب العقد عند الاجمال غلظ كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيئاً فكان لغواً وإذا خالفه كما في التمثيل كان معبراً ويغيب تفريق العقد فكانه أوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملاً لكلام العاقل على الفائدة وكما في الرهن فإن حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لأن عند الاجمال يثبت

فأبو حنيفة مر على أصله وكذا محمد والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض

### باب الرجوع في الهبة

جعل قول المصنف ولو قال لاحدهما نصفها ولا خر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلاً ابتداءً حيث قال ولو فصل ابتداءً بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بأن قال لاحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا انصفها لم يجز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ما ذهب إليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتداءً انتهى (أقول) يرشد إلى ما قاله صاحب العناية أن المصنف قال ولو قال لاحدهما نصفها ولا خر نصفها ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفها ولا خر نصفها إذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الأولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على ما في آخر المسئلة الأولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال في الأولى بطريق المفاضلة وفي الأخرى بطريق المساواة انتهى كلامه

### باب الرجوع في الهبة

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للهوب له ملكاً غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج إلى بيان مواضع

حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت

( ١٧ - تكمله سابع )

### باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحاً وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج إلى ذكر ذلك وهذا الباب لبيان (قوله وليس بظاهر) أقول أي ما ذكره صاحب النهاية (قوله لان المصنف عطف) أقول ظاهراً لقربه (قوله على التفصيل بعد الاجمال) أقول فإن قيل ممنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو وهب الخ قلنا اتحاد التعليل أي تعليل المفاضلة والمساواة فتأمل (قوله وعلى صورته بالتساوي) أقول الباطن متعلق بالضمير في قوله صورته (قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قبل الخ) أقول القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لأنه يستدل) أقول هذا ناظر إلى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قبل الخ (قوله خلا أنه يستوى فيه المساواة) أقول يعني يستوى في الرهن المساواة الخ

### باب الرجوع في الهبة

(قوله وهذا الباب لبيان) أقول فيه بحث

(واذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالأجنبي ههنا من لم يكن ذارحم محررم منه فخرج منه من كان ذارحم وليس بمحررم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرما ليس بذى رحم كالأخ الرضاعي وخرج بالتدكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها إليه والثاني ولم يقتن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه (وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده) رواه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم (ولان الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يصاده) (قوله بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد لولده وتقريره (١٣٠) أنا لا نسلم ذلك لان التملك لم يتم لكونه جزأه (قوله على أصله) أى على الشافعي فان

من أصله أن للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه أو كسبه فالتملك منه كالتملك من نفسه من وجه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته مالم ينسب منها أى مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون هبة لان ذلك لا يصح لان قوله أحق يدل على أن لغيره فيها حق ولا حق لغيره قبل التسليم ولا نفلو كان كذلك لخلاق قوله مالم ينسب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله

قال (واذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يصاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لانه لم يتم التملك لكونه جزأه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم ينسب منها أى مالم يعوض

الرجوع وموانعه وهذا باب (قوله واذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج الى القيود أى اذا وهب هبة لأجنبي أو لذى رحم ليس بمحررم أو لذى محرم ليس برحم وسلمها إليه ولم يقتن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزبادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها ما بالقضاء أو بالرضاء من غير استيجاب بل هو مكروه وبين كون هذه القيود محتاجا إليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالأجنبي ههنا من لم يكن ذارحم محررم منه فخرج منه من كان ذارحم وليس بمحررم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرما ليس بذى رحم كالأخ الرضاعي وخرج بالتدكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها إليه والثاني ولم يقتن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه انتهى (أقول) في قوله وخرج بالتدكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان خلل فاحش اذ لو قصد بالتدكير في قوله وهب وأجنبي إخراج المؤنت لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما بقي منها الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التدكير الواقع في هذه المسئلة ليس لإخراج المؤنت وانما هو للجرى على ما هو المتعارف في أمثالها من تغليب الذكور على الإناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الأصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بناء على القيد الذي اعترف الشارح المزبور أيضا بأنه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكره وذلك ان لم يقتن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع ثم أقول للمانع أن يمنع انتفهام القيد الاول من ذينك القيدين في أثناء كلام القدوري في مختصره والعهد في هذه المسئلة على القدوري لانها من مسائل مختصرة فتأمل (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم ينسب منها أى مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون هبة لانا نقول لا يصح ذلك لانه أطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولا نفلو

(قوله ذارحم محررم) أقول جري على الجوار (قوله وخرج بالتدكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان) أقول فيه أنه لو صح ما ذكره لخرج المرأتان وكل رجل وامرأة يهب أحدهما الآخر بل الوجه حاله خروجه الى القيد الثاني الذي لا بد منه فان النساء يدخلن في أمثال تلك المسئلة بالتبعية على ما علم

(قوله أحدهما وسلمها إليه) أقول لا بد من هذا القيد والا لا يكون رجوعا بل امتناعا ولا خلاف في جوازه (قوله) كان والثاني ولم يقتن من موانع الرجوع شئ حال عقد الهبة) أقول فيه شئ (قوله والعقد لا يقتضي ما يصاده) أقول من الذي ادعى الاقتضاء (قوله أى على الشافعي) أقول الظاهر أن يقال على أصل الشافعي (قوله فان من أصله الخ) أقول بل الظاهر أن المراد أصله في فجوز الرجوع (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته) أقول ولك أن تتأمل في أحقية الواهب بعد التسليم فان الثابت للوهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التملك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثاني أحق من الاول الآن يقال الاحقية باعتبار أن الواهب حق التملك بالملك اللازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول فيه بحث لان للوهوب له حق القبض للتملك في المجلس عندنا على ما مر (قوله ولا نفلو كان كذلك لخلاق قوله مالم ينسب منها عن الفائدة الخ) أقول هذا يجري الى القول بفهم الغاية وقد نفاه الشارح



ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فثبت له ولاية الفسخ عند فواته اذ العـ قد يقبله والمراد بما  
روى نفي استبعاد الرجوع واثباته لاوالد

كان كذلك لاقوله ما لم يثبت منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية  
والكفاية وهكذا ذكر في العناية أيضا الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب وقد  
أشار في الكافي أيضا الى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهيته  
ما لم يثبت منها أي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم  
واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول أنا خبز فلان الخبز وان كان اشتراه منه  
ولانه أثبت للواهب حقا أغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغلب لا بعد  
تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولانه منتهى هذا الحق الى وصول العوض اليه  
وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى ( أقول ) في الوجه الاول والثاني من تلك الوجوه بحث  
أما في الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان  
القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقر في ما مر فكان خارجا عن حقيقة  
الهبة ولئن سلم عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه  
مجازا باعتبار ما يؤول اليه كما في نحو أرائني أعصر خرا وقد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له  
وهذا ليس بأبعد من ذلك وأما في الثاني فلانه قد تقر في علم العربية أنه يجوز استعمال أفعل  
مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة  
ومن ومنه قوله تعالى وهو أهون عليه اذ ليس شيء أهون على الله تعالى من شيء فلفظ أحق في هذا  
الحديث المذكور عار عن الامور الثلاثة المزبورة فلم لا يجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير  
المعنى الواهب حقيق بهيته ما لم يثبت منها فلا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع أن تكون  
صيغة أفعل مستعملة في معنى التفضيل لكن المعارض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل  
مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ولا يخفى  
ان الاحتمال كاف في مقام المنع فادح في مقام الاستدلال على ان لقائل أن يقول لو كان معنى  
التفضيل مقصودا في الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب في هبته حق أغلب من حق  
الموهوب له فيما كان الرجوع عنهما مكره اولما قال النبي عليه الصلاة والسلام العائد في هبته  
كالعائد في قبضه لان الرجوع حينئذ يصير في حكم تفضيل الناضل وترجيح الغالب فالوجه تجريده  
أحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للقامين وتوفيقا للكلامين فتأمل ثم ان بعض  
الفضلاء قد ح في الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجرى الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه  
الشارح يعني صاحب العناية ( أقول ) صرح الحق بالتنقار ان في التلويح في باب المعارضة وال ترجيح  
بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور ( قوله ولان المقصود بالعقد هو التعويض  
للعادة ) لان العادة الظاهرة أن الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من  
يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير بخلاف المدعى حيث خص  
التعويض بالتساويين والمدعى كان أعم انتهى وقد سبقه الى هذا الدخول الشارح العيني حيث قال  
بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الا في الثالث ومع هذا الرجوع في الكل  
ما لم يعوض انتهى ( أقول ) يمكن توجيهه ما ذكر في العناية بأن المراد بالتعويض في قوله والى من  
يساويه ليعوضه هو التعويض المالي وبالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم

(ولان المقصود في الهبة  
هو التعويض للعادة) لان  
العادة الظاهرة ان الانسان  
يهدى الى من فوقه ليصونه  
بجاءه والى من دونه  
ليخدمه والى من يساويه  
ليعوضه واذا تطرق الخلل  
فيما هو المقصود من العقد  
يمكن العاقد من الفسخ  
كالشترى اذا وجد بالمبيع  
عيبا فثبت له ولاية الفسخ  
عند فوات المقصود اذ العقد  
يقبله والمراد بما روى نفي  
استبعاد الرجوع) يعني  
لا يستبعد الواهب بالرجوع  
في الهبة ولا ينقربه من غير  
قضاء أو رضا الاوالد

( قوله لان العادة الظاهرة  
أن الانسان يهدى الى من  
فوقه ليصونه بجاءه الخ )  
أقول المفهوم من هذا  
التقرير بخلاف المدعى  
حيث خص التعويض  
بالتساويين والمدعى كان أعم

لأنه يملكه الحاجة وذلك يسمى رجوعاً وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها

فإنه إذا احتاج إليه لحاجته وسمى ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم (وقوله في الكتاب) أي القدوري (فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباحه) لا يخرج به دليل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر العائد في هبته كالكلب يني ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب في قبته وفعلاً لا بوصف بالحرمة (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعني القدوري وقد جمعها القائل في قوله موانع الرجوع في فصل الهبة

بأصاحبي حروف دمع خرقه فالإدال الزيادة والميم موت الواهب أو الموهوب له والعين العوض والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له والزاي الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف

(قوله وإن لم يكن رجوعاً في الحكم) أقول بل شراء (قوله وهذا الاستقباحه لا يخرج به) أقول فيه ثبت (قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام في حديث آخر) أقول لا يظهر في رواية أخرى

التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالخصوص بالمساو بين هو التعويض المالي وأما التعويض المطلق فيوجد في الأعلى والادنى والمساوى والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعي أعم فإنه يدل على جواز الرجوع في الكل مالم يعرض تأمل تفهم واعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه إليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية توضيحه أن مقصوده من الهبة إلا جانب العوض والمساواة لأن الإنسان يهتدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه وإلى من دونه لخدمه وإلى من يساويه ليعوضه ومنه يقال الإبداء بقروض انتهى \* ثم إن صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال أقول على هذا التعليل لو قيد بنفي العوض ينبغي أن يمنع الرجوع لأنه يظهر أن العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه الصلاة والسلام مالم يعرض يدل على جواز الرجوع وإن قيد بنفي العوض انتهى (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأننا لا نسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفي العوض فإن التعويض من الموهوب له ليس بإيجاب الواهب إياه والغائه بل بحسب مروعة الموهوب له وجرى العادة على التعويض وبنفي الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفيه إياه سبباً لهيجان مروعة الموهوب له ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه إياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور على فوعة لا ثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المتاع فيما يقسم فيما مر فتذكر (قوله لأنه يملكه الحاجة وذلك يسمى رجوعاً) أي باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء باع عن قوله وإن لم يكن رجوعاً في الحكم (أقول) ليس هذا بصحيح لأن المراد بملك الوالد ههنا تملكه بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لأن الشراء مما لا أساس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعاً ولأن قولهم للحاجة يعين الأول لعدم الاحتياج إلى الحاجة في تملكه بالشراء على أنهم صرحوا بالأول حيث قال في البدائع فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد لا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للاتفاق على نفسه انتهى وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب فإنه يستقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه إلى ذلك للاتفاق على نفسه انتهى إلى غير ذلك من المعتمدين (قوله وقوله في الكتاب فله أن يرجع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباحه) قال الشارح العيني قبل قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا أو القضاء فإذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا إشكال وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الإعانة على مثل هذه المعصية وكيف تكون إعانته على المعصية التي هي معصية أخرى متبعة للجواز وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لأن قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال وإنما قضاء القاضي إعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه فإذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً وقد اعترف المصنف بذلك بأن في أصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر واهم كرويه انتهى كلامه (أقول) هذا الإشكال إنما نشأ من عدم الوقوف على أن محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فإن الذي كان مكروهاً إنما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز

( فقال الآن يعرضه عنها لمحصل المقصود أو تزيد زيادة متصلة ) ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب أما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع وأما اشتراط الاتصال فلان المتصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة ( لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد ) وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا ( ١٣٣ ) فرب زيادة صورة كانت نقصانا

في المعنى كالا صبيح الزائدة مثلا وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالهبة كس وأجيب بأن الرد في المنفصلة اما أن يرد على الاصل والزيادة جميعا أو على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثاني لانه تبني الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم تفض الى الربا وأما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو من حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة

فقال ( الآن يعرضه عنها ) لحصول المقصود ( أو تزيد زيادة متصلة ) لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال ( أو يموت أحد المتعاقدين ) لان يموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجني عن العقد اذ هو ما أوجبه قال ( أو يخرج الهبة عن ملك الموهوب له ) لانه حصل بتسليطه فلا يتقضى ولانه تجدد الملك بتجدد سببه

الرجوع عنها والذي يكون محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لانفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا عانة على أمر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعي على أصل اعتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه القاضي دفعها اليه وليس فيه أيضا الزام المكروه لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقاً عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشئاً من اختلاف العلماء في مسألة لا يمنع القاضي عن الاقدام على الحكم به سيما اذا رافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بمخالفته هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام ( قوله أو تزيد زيادة متصلة ) قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب اه ( أقول ) بل من ذلك القيد الآخر بقوله أو تزيد زيادة متصلة لان ما لا يورث زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان في صورة الزيادة كما صرحوا به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالا صبيح الزائدة مثلا اه والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد أحسن صاحب النهاية في البيان ههنا حيث قال ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشئ يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال أو مالو زاد الموهوب في نفسه لكن لا يورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فانه قد يكون الشئ زيادة صورة نقصانا معنى كالا صبيح الزائدة وما أشبه ذلك وقال هكذا كله في الذخيرة \* ثم أقول بقي ههنا شئ وهو انهم صرحوا بأن الزيادة الصورة التي لا يورث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالا صبيح الزائدة لا تمنع الرجوع مع أن الدليل الذي ذكره والمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك الصورة أيضا فليتامل

مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختباره فكانت مانعة ( واذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجني عن العقد اذ هو ما أوجبه وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه ) وهو التملك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب



قال (فان وهب لا آخر أرضا بضا الخ) هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآرى هو المعلق عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب والآرى الأخرى هي عروة جبل تسد إليها الدابة في محبسها فاعول من تآرى بالمكان اذا أقام فيه وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها) والاول للحال لان ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله (واذا قال الموهوب له الواهب) بيان الالفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع وأما اذا وهب من الواهب شيأ ولم يعلم الواهب أنه عوض هبة فلكل واحد منهما ما أن يرجع في هبته وليس من شرط العوض أن يساوى الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا ولا أن ينحصر العوض على الموهوب بل لو عوضه عنه أجنبي متبرعا صم (واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لا يسقط الحق فيصح من الأجنبي كبذل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه (١٣٤) شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب

من أن يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها أو الموهوب ألفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لاننا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلا فالزفر فانه قال الحق ذلك بسائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فائدة أو ذكره انتافا أوجب بأنه من انبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل لان الموهوب له يؤدي الى المعوض ما أمر به بظاهر افسار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بأمره غير أن المعوض عنه لا يرجع عليه النصف

قال (فان وهب لا آخر أرضا بضا فأنبت في ناحية منها نخلا أو بني بيتا أو دكانا أو آريا أو كان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها) لان هذه زيادة متصلة وقوله (وكان ذلك زيادة فيها) لأن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا بعد زيادة أصلا وقد تكون الارض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها قال (فان باع نصفها غير مفسوم يرجع في الباقي) لان الامتناع بقدر المانع (وان لم يبع شيأ منها له أن يرجع في نصفها) لان له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى قال (وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاوة والسلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها ولا ان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع قال (واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدل عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا (وان عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لان العوض لا يسقط الحق فيصح من الأجنبي كبذل الخلع والصلح

في التوجيه (قوله فان وهب لا آخر أرضا بضا فأنبت في ناحية منها نخلا) قال صاحب العناية هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اه أقول وجه التأخير أن المصنف كره أن يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسألة مختصة بالقدرory بد كرمسلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي أن يذكرا بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اه (أقول) ليس هذا بشئ لان المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية والزوجة من أصول الموانع بين التفرعات بقوله وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها بقوله وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر تبصر تنق (قوله فان باع نصفها غير مفسوم يرجع في الباقي) أقول قيد

ولعوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بأمره غير أن المعوض عنه لا يرجع عليه النصف بما عوض سواء كان بأمره أو بغير أمره مالم يضمن الموهوب له صريحا ما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بأمره فلا ن التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمر بالتبرع بماله نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان مالم يضمن

(قوله هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل (قوله لا يمنع الرجوع في غيرها) أقول ليس في محله (قوله ولا أن ينحصر العوض) أقول معطوف على قوله ان يساوى الموهوب قال المصنف (كبذل الخلع والصلح) أقول قال في الكافي عن دم العدو وانما قيد به ليستقيم معنى الاسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول يعني يشترط في العوض (قوله لاننا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ) أقول مانع هذا البقين أخذه الواهب عوضا عن هبته (قوله فلا يحصل به) أقول فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) أقول فيه بحث

(واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر يرجع بنصف العوض) فاس أحد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فإنه اذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من ابتداء) وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء لان البقاء أسهل من الابتداء ولأن ما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به يظهر أنه لا عوض من الابتداء الا هو وعوض بأن الفرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضاً عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضاً عن النصف ابتداءً وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقاً لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض عما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطاً لانها تتم مبادلة فيوزع البديل على المبدل والجواب عن قياس زفر أن المعوض بملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعاً فاعتبر المقابلة والانقسام وأما الواهب فيملك الهبة ابتداءً من غير أن يقابله شيء ثم أخذ العوض عليه لتسقوط حق الرجوع والعللة لا تنقسم على أجزاء الحكم (قوله الآن أنه) أي الآن الواهب (يتخير) بين أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يسلمه ولم يرجع بشيء (لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا يسلم له كل العوض ولم يسلم له أن يرد ما بقي من العوض (١٣٥) وان وهب داراً فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع

قال (واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) وقال زفر يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضاً للكل من الابتداء والاستحقاق يظهر أنه لا عوض الا هو الا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا يسلم له كل العوض ولم يسلم له أن يرد (وان وهب داراً فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض) لان المانع خص النصف قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه مختلف بين العلماء

النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعتمدين اذ الحكم فيما اذا باع نصفه فما مقسوماً كذلك قطعاً وتخصيص الشيء بالذكري الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وكان وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فإنه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفه ما غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها مقسوماً أولى كما لا يخفى وسيأتي التعرض من الشراح لتطهير هذا في قوله وان عوضه أجني عن الموهوب له متبرعاً فنصير (قوله وقال زفر رجع الله يرجع بالنصف) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال زفر رجع الله يرجع بنصف العوض (أقول) هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف

الرجوع الا بتراضيهما الخ لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضا والقضاء لانه مختلف فيه بين العلماء قبل لان له الرجوع عندنا خلافاً للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفاً فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة لتقوي بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعاً لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت

(قوله ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول وكذلك في بيع العرض بالعرض وجوابه بأن المراد أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد فتأمل (قوله ولا أن ما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل في الابتداء الخ) أقول فيه بحث فان أحد الوجهين لا يستقل وجهه الا بملاحظة الآخر ووقع في نسخة مقروءة على الشارح هكذا ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به يظهر الخ (قوله فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه) أقول فيه تسامح لان الرجوع ليس من حكمه والمراد في ايجاب ما هو حكمه (قوله لكونها تبرعاً لم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها القبض) أقول منقوض بمثل بيع الباقي الا هو والجوز واللوز في قشره فإنه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول يعني أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى الحكم المتقدم على ما يتحقق بعد (قوله والمخلص حمله على اختلاف الصحابة ان ثبت) أقول أو التابعين بل هو أولى لثلاث بخلاف ادعاء أصحابنا الاجماع على جواز الرجوع من الصماتة رضي الله عنهم

الذي لم يعوض لان المانع  
خص النصف) غاية ما في  
السبب أنه لم يرد من ذلك  
الشروع لكنه طارئ فلا  
يضر كالمرجع في النصف  
ولا عوض فان قيل قد  
تقدم أن العوض لا يسقط  
الحق فوجب أن يعمل في  
الكل لئلا يلزم تحيز  
الاسقاط تكافي الطلاق  
أجيب بأنه ليس باسقاط  
من كل وجه لما تقدم أن  
فيه معنى المقابلة فيجوز  
التجزؤ باعتبار مختلف  
الطلاق قال (ولا يصح

(قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف لانه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة  
وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوفاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ  
خطأ (قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لان مقصوده منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض لم يحصل (ف) اذا تردد (لا بد  
من الفصل بالرضا أو القضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك) قبله (لم يضمن اقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك  
في يده بعده لان أول القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك الا ان يمنعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخا  
من الأصل) وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيه ما فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان  
بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدأ والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد  
أبدا ثيا وههنا تراضيا على رفع سبب (١٣٦) غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الأصل (حتى

لا يشترط قبض الواهب  
ويصح في الشائع) كما اذا  
وهب الدار ثم رجع في  
نصفها ولو كان الرجوع  
بغير القضاء هبة مبتدأة لما  
صح فيما يحتمل القسمة  
كافي الأبداء فصحته  
دليل على بقاء العقد في  
النصف الآخر والشروع  
طارئ لا أثر له فيها (قوله  
لان العقد) هو الدليل  
على المطلوب وتقريره  
أن هذا العقد جائز الفسخ  
لما تقدم من ثبوت حق  
الرجوع وما هو وجائز  
الفسخ يقتضي جواز استيفاء  
حق ثابت له ولا فرق في  
ذلك بين الرضا والقضاء  
لانهم ما يفعّلان بالتراضي  
ما يفعل القاضى وهو  
الفسخ فظهر — على  
الاطلاق ليشمل التراضي  
والقضاء

وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت  
الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن اقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد  
القضاء لان أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء  
أو بالتراضي يكون فسخا من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد قد وقع  
جائزا وموجباً حق الفسخ فكان بالفسخ من توفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق  
وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير  
المصنف منصوص عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان وغيرها (قوله وفي أصل وهاء) أي في أصل  
الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع  
ملكه وقال تاج الشريعة لانه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة  
المتصلة وبغيرها من الموانع واقتنى أثره صاحب العناية والشارح العيني (أقول) في قولهم ولهذا  
يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لان الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور رأى  
فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع فلا يصح تقرير  
بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس اذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن  
يبطل في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة فالصواب ان يبطل بالزيادة المتصلة  
وبغيرها من الموانع لما ذكر من الأدلة المفصلة في مسائلها لكونه ثابتا بخلاف القياس واعترض  
بعض الفضلاء على قواهم لانه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لا تنقاضه بكل ما ثبت بالنص  
على خلاف القياس (أقول) هذا ساقط لانه ان أراد بان تنقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس  
انه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفا فالحذوري في ذلك اذ الظاهر أن كل  
ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة الى ما ثبت على وفق القياس ألا ترى أنهم قالوا كل ما ثبت  
بالنص على خلاف القياس من الأحكام يختص بمورد النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وان

اراد

(قوله لانه ثبت بخلاف القياس) أقول فيه بحث لا تنقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (قوله قال في المغرب الوفاء بالمد  
خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ وهذا خطأ عظيم  
لأن الوهي على وزن الرمي بسكون الهاء ومدممة له خطأ لا محالة انتهى أقول والعذر للمصنف أن المد للزوجة (قوله فاذا تردد لا بد من  
الفصل الخ) أقول ظاهرا أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تقرير على قوله وفي حصول المقصود الخ وليس كذلك بل هو متعلق  
بالعلل الثلاث (قوله ولو منعه فهلك قبله الى قوله بعده) أقول بمعنى هلك قبل القضاء وبعد القضاء (قوله والجواب أن التراضي على  
سبب موجب للملك) أقول جوابا ببدء الفرق بين المقيس والمقيس عليه (قوله فصحته دليل على بقاء العقد في النصف) أقول فيه بحث  
(قوله وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له) أقول الضمير في قوله راجع الى صاحب الحق (قوله ولا فرق في ذلك بين  
الرضا والقضاء) أقول فيه بحث (ثمولة لانهم ما يفعّلان بالتراضي ما يفعل القاضى وهو الفسخ) أقول قوله هو راجع الى ما



أراد بذلك أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفاً على الرضا أو القضاة فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو كان قوله وفي أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاة وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ولا تجرى هذه العلة بتامها في كل ما ثبت على خلاف القياس فلا انتفاض به ثم ان الامام المطرزي قال في المغرب الوهاء بالمد خطاً وانما هو الوهي مصدر وهي الجبل يهي وهما اذا ضعف اه وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشئ ونقله عنه صاحب العناية أيضاً وقال وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ اه ولا يذهب على ذي فطنة ان الخطأ ههنا انما هو في كلام صاحب العناية فانه زعم أن الوهي في قول صاحب المغرب وانما هو الوهي مقصور الوهاء وليس كذلك قطعاً بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمي ومن البين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهي الجبل يهي وهما حيث قال وهما ولو كان مقصوراً لقال وهما كما لا يخفى وقد تفتن الشارح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ لان جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يتأتى المد اه ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وانما هو الوهي يعني بتسكين العين ومخطئ من وجه في قوله الوهاء بالمد خطاً لان هذا أيضاً مصدر على وزن فعال كما تقول في قلى وقلى قلى وقلاء على وزن فعال وهاء كذلك وقد قال الجوهري القلى البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاء بقله قلى وقلاء اه كلامه (أقول) أخطأ هذا الشارح أيضاً في تخطئة صاحب المغرب لان كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي أن يكون نفسه أيضاً مصدر اذ قد تقرر في علم الادب أن مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس فجاء القلاء مصدر من قلى كما ذكره الجوهري لا يقتضي أن يكون الوهاء أيضاً مصدر من وهي يهي فان الاول مسموع دون الثاني وقول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطاً بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على ان تخطئته اياه في قوله الوهاء بالمد خطاً ينافي تصويبه اياه في قوله وانما هو الوهي لان في قوله هذا قصر مصدر وهي يهي على الوهي بتسكين الهاء فكون الوهاء أيضاً مصدر منه ينافي ذلك قطعاً ثم ان صاحب الكافي ومن هذا حذوه من الشراح كما حجب الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا من له ولاية عامة وهو القاضي او من مالولايتهم على أنفسهم كالرد بالعيب بعد القبض اه (أقول) فيه نظر أما أولاً فلا نه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد اذ قدم في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشتري اذا قبض المبيع في البيع الفاسد بآمر البائع وفي العدة دعوى ان كل واحد منهما مال ملك البيع ولزمته قيمته ثم ان لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده ان كان الفساد في صلب العقد ولمن له الشرط ان كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به فصار الدليل المزبور منقوضاً به بل هو منقوض أيضاً بسائر العقود الغير اللازمة لان كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به في مواضعه وأما ثانياً فالان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد اذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق ههنا للواهب في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سبأني وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة

وقوله (بخلاف الرد)  
جواب عن قياس رد  
وتقريره أن الرد بالعيب  
بعد القبض انما كان في  
صورة القضاء خاصة لان  
الحق هناك في وصف  
السلامة حتى لو زال العيب  
قبل رد المبيع بطل الرد  
لسلامة حقه له

لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا اتراضى باعلى مالم يقتضيه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما وأما القاضي فانما يقتضى أولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضي بالفسخ فلم يكن ماثبت بالتراضي عين ماثبت بالقضاء فافترقا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا وفائدة هذا أنه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لا يخرج رجوع الثاني في هبته كان الاول أن يرجع سواء رجعت الثاني بقضاء القاضي أو بغيره خلافا لفرق في غيره واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يردّه على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال (واذا تلفت العين الموهوبة بالخ) واذا تلف الموهوب فاستحق ضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب (١٣٨) بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضى السلامة وهو غير عامل له أى الواهب

لا في الفسخ فافترقا قال (واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال (واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع) لانه هبة ابتداء (فان تقابض صاحبه العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لانه بيع انتهوا وقال زفر والشافعي رجما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يترأخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

لا في الفسخ فافترقا قال صاحب العناية في تعليل قوله لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب وان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضى ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قولنا عليه الصلاة والسلام الوهاب أحق بهيته مالم يثب منها وافوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقر فيما مر فلم لا يجوز أن يثبت للشترى أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالأظهر في تعليل ذلك أن يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقتضى ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين (قوله ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب أعمالهما لان أعمال الشبهين ولو بوجه أولى من أعمال أحدهما انتهى (أقول) فيه مناقشة وهي أن قوله لان أعمال الشبهين ولو بوجه أولى من أعمال أحدهما يفيد أولوية أعمال الشبهين والمدعى وجوب أعمالهما كما ترى فلا تقرب ويمكن دفعها بعناية فتأمل

أحتراز عن المورد فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظها لاجله فان قيل غره بإيجابه الملك له في المحل وأخباره بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبياع اذا غر المشترى أجاب بأن الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر في الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرور في ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصا فاذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذا العبد لأن يقول بالياء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجاع

أما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما (فصل) بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابض صاحبه العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانه بيع انتهوا وقال الشافعي وزفر هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب أعمالهما لان أعمال الشبهين ولو بوجه أولى من أعمال أحدهما كما كان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد وجد ذلك في البيع كافي البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

(قوله أجاب بأن الغرور الى قوله وقد تقدم) أقول يعني تقدم في المضاربة

وقد وجد ذلك في الهبة كما إذا قبض العوض وإذا انتفى المناقاة أمكن الجمع لا محالة فعملنا بما أوامرنا ببدء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء معناها وهو معنى البيع وهو التملك بعوض كالهبة في المرض فانما تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيه اعتبار ابتداءه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض ولا يتم بالشروع فيما يحتمل القسمة وانتهاءه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لأن الألفاظ قوالب المعاني فلا يجوز إلغاء اللفظ وإن وجب اعتبار المعنى إذا لم يمكن الجمع بينهما كما إذا باع المولى عبده من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه أنه لا يصلح أن يكون مالاً لنفسه

**فصل** لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة قال (ومن وهب جارية لأجلها الخ) اعلم أن استثناء الحمل على ثلاثة أقسام قسم منها ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيه جميعاً وقسم منها ما يصحان فيه جميعاً فالأول ما نحن فيه من الهبة (١٣٩) ومن النكاح والخلع والصلح عن دم المدة فإنه

إذا وهب الجارية لأجلها صحَّت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في محل لا يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في محل لا يكونه وصفاً والعقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً حتى لو وهب الحمل لأخراً يصح فكذا إذا استثنى على ما صرف في البيوع فإذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وإنما تؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلاً آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال ولأن الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل إلا في المفقوظ وأجزائها فيكون في حكم الأوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الأوصاف فلا يصح استثناءه لأنه ليس بمفقوظ اهـ (أقول) فيه بحث إذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية أيضاً لجر بانه فيها بعينه وليس كذلك قطعاً على ما صرحوا به قاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب أن أوصى بجارية لأجلها صحَّت الوصية

وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه أنه لا يصلح مالاً لنفسه

**فصل** لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة (قوله) ومن وهب جارية لأجلها صحَّت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في محل لا يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في محل لا يكونه وصفاً والعقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً حتى لو وهب الحمل لأخراً يصح فكذا إذا استثنى على ما صرف في البيوع فإذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطاً فاسداً لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لأن الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وإنما تؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلاً آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال ولأن الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل إلا في المفقوظ وأجزائها فيكون في حكم الأوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الأوصاف فلا يصح استثناءه لأنه ليس بمفقوظ اهـ (أقول) فيه بحث إذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية أيضاً لجر بانه فيها بعينه وليس كذلك قطعاً على ما صرحوا به قاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب أن أوصى بجارية لأجلها صحَّت الوصية

في الضرر فإنه إذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزءه أو اللين في الضرر وحلبه وقبض الموهوب له فإنه جائز استخساناً دون الحمل وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللين وبأن إخراج الولد من البطن ليس إليه فلا يمكن أن يجعَلَ في ذلك نائباً عن الواهب بخلاف الجزاء في الصوف والحلب في اللبن (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم المدة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة)

**فصل** ومن وهب جارية (قوله فالأول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح) أقول الأولى ترك كلمة من الآن يقلل المراد ما نحن فيه في بيان جنسه (قوله) وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلاً ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللين أقول فيه عساه أنه انتفاخ على ما صرف في البيوع (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح الخ) أقول فإن قيل الظاهر أن الإشارة إلى عدم البطلان بالشروط الفاسدة قلنا قبلنا المصادرة



(قوله بخلاف البيع والاجارة والرهن) إشارة الى القسم الثاني (لانها تبطل لهما) أي بالشروط الفلسفية ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسند كره فيها (ولو أعتق (١٤٠) ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب) بخروجه عنه

بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) في امكان تجوز الهبة (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باطل وهو باطل وجعل الحمل موهوبا (وهنا التدبير يمنع عن ذلك في هبة المشاع) وهي لا تجوز فان قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجب بأن عرضية الانفصال في ثانی الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما اذا وهب الجواهر وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبه المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسألة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد التثنية فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشبوح

بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل لهما ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء في التجوز لان الجواز في الاستثناء كان باطلا وهو جعل الحمل موهوبا (وهنا التدبير يمنع عن ذلك في هبة المشاع) وهي لا تجوز فان قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجب بأن عرضية الانفصال في ثانی الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما اذا وهب الجواهر وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبه المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسألة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد التثنية فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشبوح ومسألة التدبير كذلك كما مر فكأنما متشابهة بين الاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسألة الاعتاق تشابه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم

الواهب

والمصنف أراد بالاستثناء

استثناء الحمل ومسألة الاعتاق تشابه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم

(فان وهبها على أن يرد ما عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق (١٤١) عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها

أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشروط باطل) ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقيد مذكورها وانما بطل الشروط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا بلا توقف فاذا شرط عليه الرد أو الاعناق أو غير ذلك فقيدها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وأصل ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط العمرى رجوعها إليه بعد موت المعرلة وجعلها ميراثا لورثة المعرلة بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشروط لان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها برى أو قال اذا أدبت الى النصف فلك نصفه أو أنت برى من النصف الباقي نصفه أو أنت برى من النصف الباقي لان ابراء غلبت من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن وجهه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا

الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار البعض وضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنبين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجوارق الذي فيه طعام الواهب ولكنه أمر وراه احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرشد إليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوارق وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشبوع في الهبة حكمها لوجود اختلاط الملك في صورتين جميعا انتهى (قلت) مورد أصل السؤال قول المصنف فبقى هبة المشاع لا قوله أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثاني دون الاول فلا يتم الجواب تأمل توقف ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشر هذا السؤال أردفه بقوله أو هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوارق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى (أقول) قبحه كاكفة ظاهرة لان الجواب المزبور ان كان مقبولا عنده فاستشعر السؤال المسفور لا يقتضي لرداف الوجه الاول بشي آخر اكون ذلك السؤال مندفعاً عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه

قط (قوله أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشروط باطل) قال صاحب النهاية هذا على طريق ألف والتشروا لا يصح أعني ان قوله على أن يرد عليه شيئا متصل بقوله أو وهب له دارا أو قوله أو يعوضه شيئا متصلا بقوله أو تصدق عليه بدارا وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله أو يعوضه شيئا بقوله أو وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لاني الهبة وذلك انما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيئا منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيئا منها الى قوله واذا وهب دارا الا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشيء بقوله على أن يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه وقد اذقني أثر صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع (أقول) في تحريرهما قصورا لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوضه شيئا منها سيما بعد قوله على

عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تملكاً من وجه اسقاطاً من وجه

أن يرد عليه شيئاً منها انما هو أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساء - ده اللفظ الابتعاف بعيد وهو أن يرجع ضمير منها في قوله أو يعوضه شيئاً منها إلى ما هو غير مذكور ههنا أصلاً كاللفظ الاعواض فيصير المعنى أو يعوضه شيئاً من الاعواض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظة اللهم الا أن أراد به قوله أو يعوضه شيئاً منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر إلى نفس عبارة الكتاب ثم إن هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الاول فانه قال فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدق على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو يهوه ثلثها أو ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئاً منها إلى هنا لفظه ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجوز ارادة معنى آخر بالنظر إلى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر نكن في لزوم التكرار وسند كرامته على به وكان الامام الزبيدي تنبه اسماجحة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز أسلوب تحريرهما فقال وقوله أو يعوضه شيئاً منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عن ما شئ - آمن العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئاً منها انتهى كلامه (أقول) ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك التردد أيضاً بل قصر على الشق الثاني ليكون ذلك نصافي هذا الشق كنهت عليه آفة ثم ان صاحب العناية كانه قد اطلع على أصل المسئلة أيضاً حيث لم يتعرض للشق الاول أصلاً بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يشوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئاً منها ويعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فان كونه عوضاً انما هو بالفاظ تقدم ذكرها انتهى (أقول) فيما قاله نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به الا أنه يشمل ذلك ويعمه اذ يصدق على كل شئ من الدار الموهوبة أعطاء الموهوب به الواهب عوضاً عن كل الدار أنه مردود على الواهب فكان قوله على أن يرد عليه شيئاً منها مغنياً عن قوله أو يعوضه شيئاً منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله أو يعوضه شيئاً منها مصروفاً أيضاً إلى الهبة دون التصديق وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم أو في الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رأيت في بعض الحواشي أن قوله أو يعوضه شيئاً منها يرجع إلى التصديق فانه اذا تصديق بشرط العوض بطل الشرط واذا واهب بشرط العوض فالشرط صحيح (أقول) اذا واهب بشرط أن يعوض شيئاً فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معلوماً فاعلم أن قوله أو يعوضه يرجع إلى الهبة والصدقة إلى هنا كلامه وأقول التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما أراد واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد - رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه أو يعوضه ثلثها أو ربعها ولا ينبغي أن ثلث الدار أو ربعها أمر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوماً الا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا أو يعوضه شيئاً منها لفظ شيئاً من كلامهم - لا من كلام الواهب - حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو أن المفهوم من هذا القول انه اذا واهب



والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يمتد لها إلى ما فيه غلبك فان قيل قولهم عبة الدين ممن عليه لا تتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فان رب الدين اذا برأ المدين منه أو وهبه له توقف على قبوله أحجب بأن توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بقوات القبض المستحق بعقد الصرف وأخذنا عقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول (قوله قلنا انه يرتد بالرد) يفيد (١٤٣) باطلاقة أن عمل الرد في المجلس وغيره

سواء هو المروي عن السلف وقال بعضهم يجب أن يرد في مجلس الإبراء والهبة وقوله (بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها) هذا إشارة إلى أن من الاسقاطات المحضة

ما لا يحلف بها أي لا يقبل التعليق بالشروط كالخبر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها وما يحلف بها (كالطلاق والعناق) وغيرها (والعمري) وهو أن يجعل داره لشخص عمره فاذا مات ترد عليه (جائزة للعملة في حال حياته ولورثته من بعده لما روينا) أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمري (والشرط) وهو قوله فاذا مات ترد عليه (باطل لما روينا) أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعسر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري للهبة (والرقبي) وهو أن يقول الرجل لغيره داري للرقبي (باطلة عند أبي حنيفة ومحمد) لا تفيد ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للمعسر أن يرجع

قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يمتد لها (والعمري جائزة للعملة في حال حياته ولورثته من بعده) لما روينا ومعناه أن يجعل داره عمره واذا مات ترد عليه فيصح التعليق ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (والرقبي باطلة عند أبي حنيفة ومحمد) رجهما الله وقال أبو يوسف جائزة لان قوله داري لك غلبك وقوله رقبتي شرط فاسد كالعمري ولهما أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمري ورد الرقبتي

بشرط أن يعوضه شيئا معيناً من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع أنه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بأنه اذا وهب داراً أو خمسة دراهم بشرط أن يعوضه بيتاً معيناً أو درهماً واحداً من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح أن يكون عوضاً والواهب أن يرجع في هبته لا يندم العوض وقال ذلك البعض ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضاً كما لا يخفى انتهى (أقول) كلامه ناشئ من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في ذلك على أن يكون المراد بالتعويض في قوله أو يعوضه شيئا منها هو التعويض خارج عن العين الموهوبة فالفهم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحاً والامر كذلك بلا ريب وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعبرات هو أنه اذا شرط الواهب أن يعوضه بهضامن العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا أيضاً امر مقرر لا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحاً في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد عليهم ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على مدارهما أنه مما لا يساعد الاقطة أصلاً في أصل وضع هذه المسئلة كما ثبت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليأمل جدا فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الأقوال مما لم أسبق إليه فأشكر الله تعالى وأتوكل عليه (قوله والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية هذا إشارة إلى أن من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالخبر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها (أقول) في قوله والإبراء عن الدين منها خبط ظاهر اذ قد مر أن الإبراء غلبك من وجه اسقاط من وجهه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة فكأنه غلبك عن قيد المحضة وهذا عجيب منه (قوله وقال أبو يوسف جائزة لان قوله داري لك غلبك وقوله رقبتي شرط فاسد كالعمري) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبتي شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبتي مأخوذاً من المراقبة وان كان مأخوذاً من الارقاب فكأنه قال رقبته داري لك فصار كالعمري انتهى (أقول) في الصورة الثانية بحث اذ على تقدير أن يكون معنى قوله داري لك رقبتي عند كون الرقبتي مأخوذاً من الرقبة رقبته داري لك لا يثبت قوله وقوله رقبتي شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبته داري لك في شيء كما ترى ولا

فيه ويبيعه في أي وقت شاء لانه تضمن اطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبتي شرط فاسد) لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبتي مأخوذاً من المراقبة وان كان مأخوذاً من الارقاب فكأنه قال رقبته داري لك فصار كالعمري (ولهما) ما روي الشعبي عن شريح (أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمري ورد الرقبتي) ولان معنى الرقبتي عنده ما أن يقول ان مت قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب مونه وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلاً

(قوله فيكون قوله داري لك هبة) أقول قوله هبة خبر يكون (قوله وانما يكون عارية عنده يجوز للمعسر أن يرجع الخ) أقول فيه بحث والظاهر للعمري

(وقوله ولان معنى الرقي عندهما) يشير الى أن أبابوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقي من الرقبة مما لم يقل به أحد وابتدع الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس يستحسن فان قيل فما جواب ما عن حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمري والرقي أجيب بأنه محمول على أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقي مفسرا بوجه (١٤٤) واضح صحيح فأجاب بجوازه والله تعالى أعلم

**فصل في الصدقة** لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وجعلها فصلا قال (الصدقة كالهبة) الصدقة لا تتم الا مقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما ينشأ في الهبة ان الشروع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيما الان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبه عوض عنها وفيه تأمل فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن أن يقال المراد به حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غني بطل الرجوع استحسنانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض منه حصول العوض ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب واذا وهب أنقر فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض أصحابنا الى أن الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع كما انهما سواء في حق الفقير في عدمه ولكن العامة قالوا في

ولان معنى الرقي عندهما ما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب مونه وهذا تعليق التملك بالخطر فبطل وان لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به **فصل في الصدقة** قال (والصدقة كالهبة لاتصح الا بالقبض) لانه تبرع كالهبة (فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة) لما ينشأ في الهبة (ولا رجوع في الصدقة) لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسنانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال (ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع) ويروى أنه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقال له أمسك ما تنفق على نفسك وعيالك الى أن تكتسب فاذا اكتسب مالا يتصدق به ما أنفق) وقد ذكرناه من قبل

يتم قوله فصار كالعمري كما لا يخفى (قوله ولان معنى الرقي عندهما ما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية يشير الى أن أبابوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقي من الرقبة مما لم يقل به أحد وابتدع الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس يستحسن الى هنا كلامه (أقول) لاشك أن المصنف يشير بقوله المذكور الى أن أبابوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقبة حتى يقبض عليه ان اشتقاق الرقي من الرقبة مما لم يقل به أحد بل مراده بذلك مانبه عليه صاحب الكافي وجهه والشارح بقوله وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقي مع اتفاقهم انهم من المراقبة فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تعليق للحال مع انتظار الواهب في الرجوع فالتعليك جائز وانتظار الرجوع باطل كافي العمري وقال المراقبة في نفس التملك لان معنى الرقي هذه الدار لا آخر ناموتا كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتي فان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي فكان هذا تعليق التملك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه أصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه ان اشتقاق الرقي من الرقبة مما لم يقل به أحد الخ كما لا يخفى ثم ان صاحب غاية البيان قال في هذا المقام وعندى قول أبي يوسف أصح ان غاية ما في الباب أن يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كافي العمري انتهى (أقول) فيه نظر لان الهبة انما تبطل بالشروط الفاسدة اذا لم يمنع الشرط ثبوت التملك ابتداء وأما اذا منع ذلك فلا مجال لأن لا تبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التملك وفيما نحن فيه يمنع الرقي ثبوت التملك ابتداء على تفسيرهما ايها كما تحققته آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وصح العمري للعمري حال حياته ولو رثته من بعده ولو قال داري لك رقي أو حبس فهو باطل عند محمد وأبي حنيفة خلافا لابي

ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لا ينشأ في القرية (قوله ومن نذر أن يتصدق بماله يوسف الخ) ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة ههنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب **فصل في الصدقة** (قوله فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بحصوله) أقول كان يكفي في الإراد أن يقال حصول الثواب انما هو في الآخرة فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع بالحصول فيها لان الله تعالى لا يتخلف الميعاد

## كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان أحكام غلبك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام غلبك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسند كرمعنى الاجارة لغة وشريعة وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضى والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصار والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل أحد لا يقدر على دار (١٤٥) يسكنها وحمام يغتسل فيها وابل

تحمّل أنقله الى بلد لم يكن يبلغه الا بمشقة النفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها أو ما شرطها فعلمية البدلين وأما ركنها فالإيجاب والقبول بلفظين ماضيين من اللفاظ الموضوعية لعقد الاجارة وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر ان شاء الله تعالى قال (الاجارة عقد على المنافع بعوض الخ)

## كتاب الاجارات

(الاجارة عقد على المنافع بعوض)

يوسف والاصل ان الشرط في الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويطلب الشرط ثم تفسر العمري أن يقول جعلت هذه الدار لك عمر كفاذا تمت فهي رد على فيصم الهبة لان هذا الشرط لا يمنع أصل التملك وتفسير الحبيس أن يقول هي حبيس عندي فان تمت فهي لك وتفسير الرقي أن يقول هذه الدار لاخرنا موتا وهي من المراقبة لان كل واحد منهما ما راقب موت صاحبه كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتى فان تمت فهي لك وان تمت فهي لي فهي باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب العناية

## كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان أحكام غلبك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام غلبك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انه ما يتبعان لازمين فلذلك أورد كتاب الاجارات من فصل الصدقة كذا في الشروح قال صاحب العناية وانما جمعها اشارة الى أن حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضى والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصار والخياطة ونحوهما اه (أقول) فيه اختلال لانه ان أراد بالافراد في قوله ذات افراد الأشخاص الجزئية كما هو المتبادر من انظر الافراد لم تحصل فائدة في جمعها اذ لا يحتمل عند أحد أن يكون حقيقة مفردة واحدة شخصي أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعها الاشارة الى أن ذات افراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى وان أراد بالافراد في قوله المزبور الانواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها الا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة وأما الحمل على ما هو المذهب السخيف جدا من كون أقل الجمع اثنين فما لا ينبغي أن يرتكب وينبغي عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق فالحق عندي أن يقال انما جمعها اشارة الى أن لها أنواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستئجار الدور لا كنى ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الأنواع الثلاثة هي التي أشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سأتفصيلها عن قريب (قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء ولو قال غلبك المنافع أو نحو ذلك كان أولى لعدم تناوله النكاح

## كتاب الاجارات

(قوله وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع) أقول والعدم أيضا مقدم على الوجود وأيضا تجري الهبة من الاجارة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هي دون الهبة (قوله ذات افراد) أقول الظاهر أن يقال ذات أنواع (قوله نوع يرد على منافع الاعيان) أقول أي المنافع التي ليست من الاعمال قال المصنف (الاجارة عقد على المنافع بعوض) أقول

(١٩ - تكمله سابع)

ولو قال غلبك المنافع أو نحو ذلك كان أولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزبلي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا أن يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليست أمثل ثم اعلم أن ما ذكره الزبلي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف للسبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب ملك المنفعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة فتدبر ثم أقول لم يقيّد المانع بالمعلومية كما فعله البعض قصد الى تعميم التعريف للاجارة الفاسدة على أن من قبذان أراد تعريف الصحة لم يصح اشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصل وان عم فلا حاجة الى التقييد



## لان الاجارة في اللغة بيع المنافع

فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا أن يقال المراد عقد تمليك بقريضة الشهرة فليتنامل اه كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح أيضا تمليك قطعاً لاستباحة محضه والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد أفصحوا عن هذا في أول كتاب النكاح حيث فسر والنكاح في الشرع في عامة الشروح بل المتون بأنه عقد موضوع لتمليك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح مملوك للعاقبة بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة أنه اختص به انتفاعاً وحجراً وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب ملك المتعة وما ذكره الزيلعي ههنا في شرحه للكفر من ان النكاح ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجمعوا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تمليك حتى ان صاحب الكفر نفسه أيضاً صرح في أول النكاح بأنه عقد يرد على تمليك المتعة قصد او مخالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز في الاباحة فان من أباح شيئاً فانما يتلفه على ملك المبيع فلم يكن ذلك مما يعتد به وباتت اليه والعجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من انه سبب ملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة اه ولا ينبغي ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعي ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفاً لما تقرر فيما سبق \* ثم أقول يمكن أن يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال في أوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب ملك المتعة وقال صاحب الكافي والشرح هناك وعن الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح أجراً بقوله تعالى فآتوهن أجورهن وهو يشعر بأنه مشا كل للاجارة ولنا أن المملوك بالنكاح في حكم العبد حتى لا ينعقد الا مؤبداً والاجارة لا تنعقد الا مؤقتة فبينهما منافاة فأنى نصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العبد حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بأنه عقد على المنافع بعوض أو بأنه تمليك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل توقف وقال في غاية البيان وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله اه (أقول) وهذا أيضاً ليس بسديد اذ على تقدير أن يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بأن المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارض للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم الاول من تلك الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فبخل قطعاً (قوله لان الاجارة في اللغة بيع المنافع) قال الشارح العيني قبل فيه نظراً لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما أعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز أن تكون مصدراً فيستقيم الكلام اه (أقول) النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور في كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا أمر آخر وانما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطري بالي حتى كتبه في مسوداتي من قلنا بنفسى قبل ان أرى ما كتبه غيري وأما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشئ لان مراده

بين المفهوم الشرعي قبل  
اللعوى لان اللعوى هو  
الشرعي بلا مخالفة وهو في  
بيان شرعيتها فالشرعي  
أولى بالتقديم ولما كانت  
عبارة عن تمليك المنافع

قال المصنف (لان الاجارة  
في اللغة بيع المنافع) أقول  
فيه بحث أما أولاً فلانه لا بد  
من ضمنية اهـ هذا التعليل  
حتى يتم كأن يقال ولم  
ينبت نفعه في الشرع الى  
معنى آخر وأما ثانياً  
فلانه مخالف لما في كتب  
اللغة كالغريب وغيره أنها  
اسم للاجرة (قوله لان  
اللعوى هو الشرعي بلا  
مخالفة) أقول فيه بحث  
(قوله فالشرعي أولى  
بالتقديم) أقول فيه بحث

وهي غير موجودة في الحال لم

يقتض القياس جوازها الا  
انها جوزت على خلاف  
القياس بالاثارة لحاجة الناس  
فكان استحسانا بالاثار ومن  
الاثر الدالة على صحتها  
ما ذكره في الكتاب وهو قوله  
صلى الله عليه وسلم أعطوا  
الاجر أجره قبل أن يجف  
عرقه فان الامر باعطاء الاجر  
دليل على صحة العقد وقوله  
عليه الصلاة والسلام من  
استاجر أجيرا فليعلم أجره وفيه  
زيادة بيان أن معلومية الاجر  
شرط جوازها (وتنقد الساعة  
ساعة فساعة على حسب  
حدوث المنافع) لانها هي  
المعقود عليه فالمثل في البدلين  
أيضا يقع ساعة فساعة لان  
المعاوضة تقتضي التساوي  
والمثل في المنفعة يقع ساعة  
فساعة على حسب حدوثها  
فكذا في بدلها وهو الاجرة  
فان قيل اذا كان كذلك وجب  
أن يصح رجوع المستاجر في  
الساعة الثانية قبل أن ينقصد  
العقد فيها وانا استأجر شهرا  
من لايس له أن يمنع بالاعذر  
قال المصنف (والقياس بأبي  
جوازه) أقول ذكر الضمير  
الراجع الى الاجارة باعتبار أنها  
عقد قال المصنف (وقد  
شهدت بصحتها الاثر وهو  
الخ) أقول هو راجع الى  
الاثر والاثر والتذكير  
باعتبار الخبر قال المصنف  
(وتنقد ساعة فساعة على  
حسب حدوث المنفعة

والقياس بأبي جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واطراف التملك الى ما سيجد لا يصح الا  
أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الاثر وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجر  
أجره قبل أن يجف عرقه وقوله عليه الصلاة والسلام من استاجر أجيرا فليعلم أجره وتنقد ساعة فساعة  
على حسب حدوث المنفعة

بقوله قد بينت لك الخ ما ذكره في صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدر منه كما تقول  
كتب يكتب كتابة بعد قوله ووجه اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من أجره اذا  
أعطاه أجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر في علم الادب  
ان مصدر الثلاثي سماعى لا قياس فيه فكون الكتابة مصدر من كتب لا يقتضي كون الاجارة أيضا  
مصدر من أجر فان الكتابة سمعت مصدر من كتب وأما الاجارة فلم تسمع مصدر اقط والسكلام فيما  
سمع من أهل اللغة لاني الاحتمال العقلي على انه لو سلم محي والاجارة في اللغة مصدر من أجره اذا أعطاه  
أجره كمحى والاجر مصدر منه لم يستقم الكلام أيضا اذ لا تكون الاجارة حينئذ أيضا في اللغة بيع  
المنافع بل تكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان  
صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان  
شرعيتها فالشرعي أولى بالتقديم اه (أقول) فيه بحث لان كون المفهوم الشرعي أولى بالتقديم بناء  
على انه في بيان شرعيتها لو تم لاقتضي تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع  
سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى اللغوي أو مخالفا له مع ان ادب المصنفين عن آخرهم جرى على  
تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي  
ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن  
طوى الصغرى فكأنه قال لان معنى الاجارة في الشرع هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع  
ولا يخفى ان هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل  
تدبر فانه وجه حسن (قوله الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الاثر) قال  
صاحب العناية في شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثارة لحاجة الناس فكان  
استحسانا بالاثار اه (أقول) في تقريره قصور اذ المتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس  
بالاثار ومن قوله فكان استحسانا بالاثار أن ينحصر دليل شرعيتها في الاثر والاثار لم تكن فائدة في ذكر  
قيد الاثر في الموضوعين وليس ذلك ينحصر في الاثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى فان  
أرض عن لكم فآتوهن أجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام أريد أن أنكحك إحدى  
ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج وكذا اجماع الامة أيضا دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره بخلاف  
تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتأمل (قوله وهي قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجر  
أجره قبل أن يجف عرقه) قال الشراح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحتها (أقول) لقائل أن  
يقول سيأتي في باب الاجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعي ما مور باعطائه  
من قبل الشرع فلم يكن الامر باعطائه الاجر دليل صحة العقد اللهم الا أن يقال وقع الامر في  
الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قال أعطوا الاجير أجره وذلك يفيد كون  
المراد بالاجر المأمور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون أجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى  
للاجير لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة تبصر (قوله وتنقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة

أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة في - حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول) الزاماً للعقد في المقدار المعين (ثم يظهر عمل العقد وأثره في حق المنفعة) يعني يترأى حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة (ملكاً واستحقاقاً) يعني يثبتان معاً (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع العين فإن الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن وجزاء أن ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار (ولا تصح الاجارة حتى تكون (١٤٨) المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم من

استأجر أجراً فليعلمه أجره فإنه كما يدل بعبارة على كون معلومة الاجرة شرطاً يبدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالتبع كالثمن في البيع فإذا كان معلومية التبع شرطاً كان معلومية الاصل أولى بذلك (ولان الجهالة في المعقود عليه وبطلت تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والممن في البيع) وهو واضح وما صلح أن يكون غنياً في البيع صلح أن يكون أجرة لان الاجرة غنى المنفعة فتعتبر بمن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة (الخ) أقول لا بد أن يتأمل في هذا المقام فان انعقاد هـ وارتباط القبول بالإيجاب فإذا حصل الارتباط بأقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فأى معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد

والدار أقيمت مقام المنفعة في - حق إضافة العقد اليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة (ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لارويناً ولان الجهالة في المعقود عليه وبطلت تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والممن في البيع (وما جاز أن يكون غنياً في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة) لان الاجرة غنى المنفعة فتعتبر بمن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة في - حق إضافة العقد اليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول (قال بعض الفضلاء لا بد أن يتأمل في هذا المقام فان انعقاد هـ وارتباط القبول بالإيجاب فإذا حصل الارتباط بأقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فأى معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اه كلامه (أقول) جواب هذا الاشكال ينكشف جداً بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونشأته في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الإيجاب بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام المشايخ يوجب ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتأخر كما في البيع بشرط الخيار وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منه - مضافين الى محل المنفعة وهو الدار هـ كلاهما وهو عقد بينهما إذا العقد فعله ما ولا فعل يصدر من ماسوى ترتيب القبول على الإيجاب ثم انعقاد حكم الشرع يثبت وصف الكلام - ما شرعاً والعلة الشرعية مغايرة للعلة العقلية فإنه يجوز أن تنفك عن معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجد وأنه عبارة عن كلامهم ما والانعقاد تراخي الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلة العقلية فان الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر الى هنا كلام صاحب الغاية فكان ذلك المستشكل لم يره - ذا الكلام أو لم يقنع به كلاهما مما لا ينبغي كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيم اواذا استأجر شهر مثلاً ليس له أن يمنع بلا عذر أجاب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة في - حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول الزاماً للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تتبعه العيني (أقول) فيه نظراته ان تحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين كله عجب - رد أقامة الدار مقام المنفعة في - حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع اذ يلزم حينئذ أن تنعقد في الساعة الاولى وهي ساعة العقد بالإيجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر وان لم يتحقق ذلك الانعقاد عجب - رد تلك الاقامة بل - حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم - رد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن ذلك السؤال بل يحتاج الى جواب آخر كما لا يخفى في فلا يظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله

المذكور

ذلك قال المصنف (وما جاز أن يكون غنياً في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة) أقول

قال في المحيط البرهاني الاصل فيه أن ما يصلح أن يكون غنياً في البياعات يصلح أن يكون أجرة في الاجارات وما لا يصلح أن يكون غنياً في البياعات لا يصلح أن يكون أجرة في الاجارات الا المنفعة فانما يصلح أن تكون أجرة اذا اختلف الجنس ولا تصلح غنياً انتهى وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف



وما لا يصلح غنا يصلح أجره أيضا كالأعيان

وليس كل ما لا يصلح غنا لا يصلح  
أجرة لأن بعض ما لا يصلح  
غنا كالأعيان التي هي ليست  
من ذوات الامثال كالحيوان  
والثياب مثلا اذا كانت معينة  
صلح أن يكون أجرة كما اذا  
استأجر دارا بثوب معين وان  
كان لا يصلح غنا وفيه نظر فان  
المقايضة بيع وليس فيها  
الا العين من الجانبين فلو لم  
تصلح العين غنا كانت بيعا  
بلا غن وهو باطل ويمكن  
أن يجاب عنه بأن النظر  
على المثال ليس من دأب  
المنظرين فذا كان الاصل  
صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر  
فلتمثل بالمنفعة فانها تصلح  
أجرة اذا اختلف جنس المنافع  
كما اذا استأجر سكنى دار  
بركوب دابة ولا تصلح غنا أصلا

(قوله كالحيوان والثياب  
مثلا) أقول قال في المحيط  
البرهاني في الفصل الاول  
من الاجارات واذا كانت  
الأجرة عروضا أو ثيابا  
يشترط فيه جميع شرائط  
السلم وفي هذا كله اذا كانت  
الأجرة عينيا فاعلامه بالاشارة  
واذا كانت الأجرة حيوانا  
لا يجوز الا اذا كانت عينيا  
انتهى (قوله أو ثيابا) يعني  
بالثياب ما ليس له مثل كما  
علم من تقرير الشارح

المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المدومة على أصل  
أثبتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلنا هو أن العقد لا بد له  
من محل لأن المحل شرط صحة العقد لأن العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شروط ومحل  
العقد هنا هي المنافع وهي مدومة ولا يصلح المدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باعتبار مقامها  
المنافع التي ستوجد لأن الدار محل للمنافع تصح بها العقد حتى يرتبط الكلامان وهما الإيجاب والقبول  
أحدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر  
(قوله وما لا يصلح غنا يصلح أجرة أيضا كالأعيان) أي كالأعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان  
والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح  
غنا لما تقر في البيوع أن الاموال ثلاثة غن محض كالدارهم ومبيع محض كالأعيان التي ليست من  
ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر  
فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين غنا كانت بيعا بلا غن وهو باطل ويمكن  
أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المنظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز أن يمثل بمثال آخر  
فلتمثل بالمنفعة فانها تصلح أجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح  
غنا أصلا الى هنا كلامه (أقول) لا النظر شئ ولا الجواب أما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا  
ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الأجرة عوض  
مالي فيعتمد وجود المال وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة ولقد أفصح عنه  
صاحب العناية نفسه أيضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص  
بذلك بخلاف الأجرة ولا شك في عدم صلاحية الأعيان التي ليست من ذوات الامثال لأن تكون غنا  
بهذا المعنى ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعا بلا غن بهذا المعنى ألا يرى أن الشارح المذكور  
نفسه قال في أول كتاب البيوع وأنواع البيع أربعة بيع السلعة بمثلها وبسمى مقايضة وبيعها بالدين  
أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين وبسمى الصرف وبيع الدين بالدين وبسمى سلم انتهى  
حيث جعل الدين مقايلا للعين وفسر الدين بالثمن وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة  
مالا غن فيه أصلا ثم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك  
المعنى يم الدين والعين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعا بلا غن بذلك المعنى  
ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح غنا يصلح أجرة أيضا كالأعيان فلا يرد النظر المزبور  
عليه جدا وأما الجواب فلا نه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف  
وحاشاله ثم أقول ببق ههنا شئ وهو ان لقائل أن يقول لاشك ان مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح  
غنا يصلح أجرة أيضا هو ما يجب في الذمة وان غنيله ما لا يصلح غنا بقوله كالأعيان صحيح على هذا المعنى المراد  
الا أنه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القيد وروى وهو قوله وما جاز أن يكون غنا في البيع جاز أن يكون أجرة  
على المعنى الذي يم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب  
الكنز وما صح غنا صلح أجرة على ذلك المعنى الأعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القيد وروى  
بقوله لان الأجرة غن المنفعة فتعتبر بثن المبيع يتحمل التعميم لصورتي الدين والعين كما ترى ويمكن أن  
يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ  
القيد وروى غير موفى حتى المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين أيضا فان ما لا يجوز أن

(قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمن في البيع الخ (لا يثنى صلاحية غيره) كما ذكرنا (لأنه عوض مالي) فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيخص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة قال (والمنافع نارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لا بد وأن تكون معلومة في الأجرة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة (١٤٠) معلومة وكائنه ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة

فهذا اللفظ لا يثنى صلاحية غيره لأنه عوض مالي (والمنافع نارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضي للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله أي مدة كانت اشارة الى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا أن في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كي لا يدعى المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار

يكون ثمن في البيع على المعنى العام للعين جاز أن يكون أجرة أيضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمن في البيع أصلا وتصلح أجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به حل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسألة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تتميز الها تيك المسئلة وما لا يصلح ثمن يصلح أجرة أيضا كالاعيان كما قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وانه لا يجوز غيره يبين ذلك ان الاعيان لا تكون أثمانا وتكون أجرة وانما ذكر ذلك لأنه هو الغالب الى هنا لفظه ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بأن تذكر في ثمن لا يصلح ثمن ويصلح أجرة فان كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسألة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فإنه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضا كما عرفت آنفا (قوله لأنه عوض مالي) أي لان الأجرة على تأويل الأجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فتصح أن تكون أجرة كذا في النهاية وغيرها وقال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيخص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة الى هنا كلامه (أقول) ولقائل أن يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كانت الأجرة أيضا مشروطة بكونها من المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسألة القدوري فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لا ثمن المنفعة قلنا لقائل أن يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في أن يكون أحدهما مشروطا بشئ دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر ثمن المبيع فليتنامل وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى اه (أقول) ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية بناء على ما قاله في نظره السابق من انه لو لم تصلح العين ثمن كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذ لا يلزم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب

فيها معلوما فتصح اذا كانت غير متفاوتة بأن سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يتبين أفصى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طول المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالأجل في البيع وأما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها أحد المتعاقدين فتعذر بعضهم لان الظن في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظن مثل التيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معني والتأيد يبطئها ويجوز آخرون منهم الخصاص لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضي التوقيت ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان

غالبوا لم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة النأيب ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبوا جعل ذلك نكاحا مؤقتا اعتبارا للصيغة (قوله الا أن في الاوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله أي مدة كانت وانما لا تجوز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كي لا يدعى المستأجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف أن لا يتجاوز أكثر من سنة وأما اذا شرط فليس للتولي أن يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها

(قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة) أقول فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا به مع انه ايراد اذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى

قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطة أو استأجر دابة ليعمل عليها مقدار معلوما أو يركبها مسافة مماها) لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك في الاجر المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الواحد ولا بد من بيان الوقت قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالنعيين والاشارة كن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم) لانه اذا اراد ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

في الغنة فيما اذا بيع الدار بالدار لاخلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للبيع في تلك الصورة والمحدود خلوه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول كما بينا من قبل (قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة أخرى وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية (أقول) لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب واللوان الصبغ وقدره في استئجار رجل على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة في استئجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استئجار رجل دابة للعمل أو الركب على ما أشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب واللوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد فكما ان المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالنعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الامور اللازمة للبيان كما أشير الى بعضها في الامثلة المذكورة فلم يكن انسية ضرورة المنافع معلومة في هذا النوع الى نفس العقد ووجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتمدة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار وأبو بكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون (قوله وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولا بد من بيان الوقت) أقول في هذا التقسيم نوع اشكال اذ قد مر في صدر الكتاب أن الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشيء الى نفسه وإلى غيره اللهم الا أن تحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير منفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى ثم أقول كان حقا على المصنف أن يؤثر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى وكأن صاحب الكافي تتبعه اسماحة هذا التعرير حيث أخر بيان هذا التقسيم الشيء عن تمام ذكر اقسام ذلك التقسيم الثالث واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في اجير الواحد حيث قال ولنا فيه نظر لان اجارة اجير الواحد أيضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة أحد أنواع الاستئجار على الاعمال كما ذكرناه آنفا لوقال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه (أقول) ليس هذا بشيء لأن اجارة اجير الواحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق اجير الواحد الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سيأتي

(وتارة تصير معلومة بنفسه)  
أي بنفس عقد الاجارة كما  
اذا استأجر رجلا على صبغ  
ثوبه وبين الثوب ولون  
الصبغ وقدره أو استأجر  
خياطاً على خياطة ثوبه  
وبين الثوب وجنس  
الخياطة أو استأجر دابة  
للمحمل أو الركب وبين  
جنس المحمول وقدره  
والمسافة وتارة تصير  
معلومة بالنعيين والاشارة  
كما ذكر في الكتاب



## باب الاجرم متى يستحق

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال (الاجرة لا تجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها او اداؤها بمجرد اداءه فقد وليس واضح لانني وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه مالم يقبض الثمن والصواب ان يقال معناه لا تملك لان محمداً ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب ايفاؤه فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وارادة الاخص ايس (١٥٢) يجوز شائع لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً قلت أخرج الكلام مخرج

### باب الاجرم متى يستحق

قال (الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدمعان ثلاثة اما بشرط التجهيل أو بالتجهيل من غير شرط أو باستيفاء العقود عليه)

في الكتاب ولو كان عقد اعلی العمل لما استحقها بدون العمل بل انما هي عقد على منافع نفسه مطلقاً ولهذا لا يتمكن من ايجاب منافعها لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرى الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وسيظهر هذا كله في باب ضمان الاجير وجعل صاحب النخبة ذلك أحد نوعي الاستحجار على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولومثل المصنف ما يكون عقداً على المنفعة باستحجار الدور ونحوها دون اجير الواحد لغات التنبيه على ان اجارة اجير الواحد من هذا القسم وهو مقصود نفعاً ذلك على البعض فتنبه والله أعلم

### باب الاجرم متى يستحق

قال صاحب النهاية لما ذكر أن جهة الاجارة موقوفة على أن تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اه كلامه واقتنى أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وخصافته اذ لا يستدعي ذكر مجرد أن جهة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وجوبها فاضلاع الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة لا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتاج في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه (أقول) فيه شيء وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها أيضاً كالهبة فان الملك لا يثبت هناك أيضاً بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما مرو كالوصية فان الملك هناك أيضاً بآخر الى وقت الموت فلا يتم القول بأن الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط \* ثم أقول الاظهر أن يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الاجرة لا تجب بالعقد) قال تاج الشريعة أراد وجوب الاداء أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجنالا وتفصيلا

الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك بدل على هذا كله

### باب الاجرم متى يستحق

(قوله وجب افرادها) أقول أي افراد المخالفة قال المصنف (الاجرة لا تجب بنفس العقد الخ) أقول قال في الوقاية ولا تجب الاجرة بالعقد بل بتجهيلها انتهى قال صدر الشريعة في شرحه فان المستأجرا اذا عمل الاجرة فالمجمل هو الاجرة الواجبة بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى وفي الفصل الثاني من اجارات المحيط البرهاني يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التجهيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عيناً أو ديناً

هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التحري وذكروا في الاجارات أن الاجرة اذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد واذا كانت ديناً تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين الموجب ل عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع وكتاب التحري وبعضهم قالوا ما ذكر في الاجارات قول محمد أولاً وما ذكر في الجامع والتحري قوله آخر انتهى (قوله فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه) أقول الظاهر ان مراده العموم من وجه لوجود نفي التملك بدون وجوب التسليم في العين المستأجرة بلا شرط التجهيل فانها واجبة التسليم ولا تملك كما لا يخفى (قوله ليس بجواز شائع) أقول الشيوع لا يهما (قوله لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً) أقول ان أراد أنه لا يبدل عليه بنفسه فسلم ولا يفيد وان أراد أنه لا يبدل بقرينة فمنوع وان شئت فراجع كتب علم البيان خصوصاً المفتاح وشروحه (قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة) أقول ممنوع فان في صورة التجهيل يوجد الملك بلا وجوب

أما جلا فلان الاجرة لو كانت عبدا فاعتقه المؤجر قبل وجوب ادائه لثلاثة لا يعتق فلو كان بنفس  
الوجوب بابتا لصح اعتاقه كافي البيوع وأما تفصيله فلا فله معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب  
المعقود عليه لانفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية  
الاجرة لا تجب بالعقد أى لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخى وذ كرى الذخيرة  
ما يؤيده ذاق قال يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة  
اذ لم يشترط التعميل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو دينها كذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب  
التحرى وذ كرى الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينها تملك بنفس  
العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحرى وقال  
بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد أولا وما ذكره في الجامع والتحرى قوله آخر الى هنا لفظ النهاية  
(أقول) تأييد ما ذكره في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في  
الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة  
اذ لم يشترط التعميل في الاجرة فعلم منه أن الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب اداؤها بنفس  
العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شئ قبل أن قال الاجرة لا تجب في العقد فلو كان معناه  
الاجرة لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم  
وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرد الاداء لأن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا  
خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر الى حلول الاجل فاذا لم  
يفهم منه ذلك لم يقدم ما هو المذهب عندنا فليزمن أن لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة  
لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم  
نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال  
معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤه وقال فان قلت فاذا  
لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة  
الاعم على الاخص أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة  
ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه (أقول) لا السؤال بنسب ولا الجواب أما  
الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما ليس بمجاز شائع اذ لم تحقق قرينة مخصصة وأما اذا تحققت  
القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعرفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء  
المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما  
اعترف به السارح المزبور حيث قال فيما بعد يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا  
لم يكن محل الخلاف متحدا وأما الثاني فلانه ان أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب  
في الذمة بدون أن يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله والصواب أن يقال معناه لا تملك وانما  
مورد السؤال ذلك وان أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتاج الى  
قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت عينا  
أو دينها يملك واذا كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع  
أنواع الاجرة ولا يختص بما هو الغالب منها وهو الدين النسب في الذمة حتى يحتاج الى أن يقال أخرج  
الكلام مخرج الغالب على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب في  
الذمة مع أنه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان في صورة التعميل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل

وقال الشافعي تلك بنفس العقد واللام يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة  
تصحح العقد ولهذا صححت الاجارة بأجرة مؤجلة ولولم تجعل موجودة كان دينابدين وهو حرام لاحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت  
الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا  
يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك (١٥٤) فالجواب أن الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند

العقد ولنا أن العقد  
ينعقد شيئا فشيئا على حسب  
حدوث المنافع على ما بينا  
والعقد أى عقد الاجارة  
معاوضة بلا خلاف ومن  
قضية عقد المعاوضة  
المساواة فمن ضرورة التراخي  
في جانب المنفعة التراخي في  
البذل وهو الاجر تحقفا  
للمساواة واذا استوفى المنفعة  
ينبت الملك في الاجر لذلك  
( قوله وقال الشافعي تلك  
بنفس العقد واللام يكن  
محل الخلاف متحدا ) أقول  
ولا أن تقول ارتكاب  
المجاز في موضع واحد  
أهون من ارتكابه في  
ثلاثة مواضع ويحصل  
اتحاد محل الخلاف أيضا  
فان المراد بنفس العقد  
العقد الخالى عن المعانى  
الثلاثة وبتسليم العين  
المستأجرة الى المستأجر  
يجب تسليم الاجرة للأوثر  
عند الشافعي فليتأمل وفي  
شرح الحاوى للفتوى اعلم  
أن الاجرة اذا كانت في  
الذمة فهى كالثمن في الذمة  
في أنها ان شرط فيها التأجيل  
والتجسيم كانت مؤجلة أو

وقال الشافعي تلك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحح العقد فيثبت  
الحكم فيما يقابله من البذل ولنا ان العقد ينفع قد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا  
والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الآخر  
واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقيق التسوية

( قوله وقال الشافعي تلك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحح العقد  
فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل ) قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان  
المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحح العقد ولهذا صححت الاجارة بأجرة مؤجلة ولولم تجعل  
موجودة كان دينابدين وهو حرام لاحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى  
وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود  
المقتضى وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى ( أقول ) هذا الايراد ساقط  
لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا  
يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للانع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل أن يترتب عليه  
ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم أن يلغى جعل الشرع اياها موجودة وهذا  
خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة وجودا كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة  
فيها كالحى حكما في حق الارث والعنق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح نعم يرد على استدلال  
الشافعي كلام آخر من قبل أئمتنا كما أشير اليه في عامة المعبرات وهو أن جعل المعدوم موجودا في الشرع  
انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لا مكان تصحح العقد بطريق  
آخر أوضح وأوسع منه وهو اقامة العين التي هى سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة  
الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام  
السبب أصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من  
النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد  
الى افادة الملك فالجواب أن الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد  
انتهى ( أقول ) في الجواب بحث لانه اذا أراد أن افادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو  
ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن يفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه  
يتراخي الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان أراد أن افادة الملك ولو بعد زمان من  
لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لا يفيد مدعى الشافعي فان مدعى ان الاجرة تلك في الحال والجواب المزبور  
انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر حيث  
قال ان أراد أن افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد مدعاه وان أراد أنهما من لوازم الوجود ولو  
حكما فغير مسلم انتهى ( أقول ) ما ذكره في كل من شق تردده ليس بسديد أما الاول فلانه سلم كون افادة

الملك

منصحة وان شرط فيها التأجيل كانت معجلة وان أطلق ذكرها تجلت أيضا وملك جميعها المكروى

بنفس العقد واستحق استيفاءها اذا سلم العين الى المستأجر لانه عوض في معاوضة يتجمل بشرط التجميل فيتمجمل عند الاطلاق كالثمن  
انتهى ( قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع ) أقول ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه ( قوله وافادة الملك من لوازم الوجود  
عند العقد ) أقول ان أراد من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد مدعاه وان أراد من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم



وكذا اذا شرط التجهيل أو جعل بلا شرط لان المساواة تثبت حقه وقد أبطله واعترض بأن شرط التجهيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جوازاً شرط التجهيل باعتباره والثاني ممنوع فان تجهيل البديل واشترائه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بأن البراءة عن الاجرة والارتها عن الكفالة بينهما صحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن صحة البراءة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوزة محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح البراءة لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالصكالة بما يذوبه على فلان وصحة الرهن لان موجب ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتجهيل أو اشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولولم يجعل موجوداً كان ديناً بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام المسبب وأما جعل المعدوم موجوداً فلم يعهد كذلك

(قوله فان تجهيل البديل واشترائه لا يخالفه) أقول فيه بحث وكيف لا يخالفه (١٥٥) وقضيتها المساواة وظاهر أن شرط

التجهيل قبل ثبوت الملك في البديل الاخر يفوت المساواة نسيم مطلق شرط التجهيل لا ينافيها ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول كافي البيع (قوله لان العقد سبب الخ) أقول قال صاحب البدائع ولان البراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحاً له كافي قول الرجل لغيره أعطني عبداً عني بألف درهم فقال أعطيت انتهى

وكذا اذا شرط التجهيل أو جعل لان المساواة تثبت حقه وقد أبطله الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة ألا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجوداً حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر وأما الثاني فلان الوجود الحكمي لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والالم تحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم أولاً كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكماً أيضاً فالوجه الوجيه في التردد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل (قوله وكذا اذا شرط التجهيل أو جعل لان المساواة تثبت حقه وقد أبطله) قال في العناية واعترض بأن شرط التجهيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جوازاً شرط التجهيل باعتباره والثاني ممنوع فان تجهيل البديل واشترائه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى (أقول) في الجواب نظراً أما أولاً فلان حيثية كونه اجارة هي حيثية كونه معاوضة مخصوصة فإيخالف مقتضى العقد من احدي هاتين حيثيتين يخالف مقتضاه من حيثية الاخرى فامعنى قوله والاول مسلم والثاني ممنوع وهلا يلزم تسليم الاول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول فان قيل مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة تمام قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد حيثيتين فلنا يلزم

وفيه بحث فانه لا يتوقف على القبول كما مر في أواخر الهبة الا أن يراد بالقبول معنى يتم عدم الرد (قوله فظهر الانعقاد في حقه) أقول ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على انه يخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتني اقرار بالمال المدعى فليتأمل (قوله ويصح البراءة لوجوده بعد السبب) أقول كالا براءة عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول هذا مما لا يدل عليه من دليل وفي البرازية تكرار دابة مسماة بغير عينها من كوفة الى مكة ذكر في الكتاب أنه يجوز ذكر شيخ الاسلام ليس نفسه يرد أن يواجر ارباباً بغير عينها الى مكة فانه لا يجوز لانه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكاري الحولة وقد قال المستأجر اجلني على ابل الى مكة أو اجلني أو اجل هذه الحولة فيكون المعقود عليه في الذمة ويبقى بالجواز للعرف انتهى وسبب من المصنف في آخر هذا الباب أن المستحق عمل في ذمته فراجعه الا أنه ذكر في الحواشي الجلالية دليل على أن المنفعة لا تكون ديناً فانه قال ان الدين محله الذمة وهو لا يلتزم المنفعة في الذمة انتهى فتأمل فيه وقال الامام الزيلعي وانما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم تصر المنفعة ديناً في ذمته فلا يجب بدلها أيضاً وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها نصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً بدين أصلاً انتهى فتأمل في جميع ما ذكر

أن تكون صحة اشتراط التجهيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يحظر بآل أحد من المتعاقدين عند اشتراط التجهيل على أنهما لو صرحا بأنهما لو شرطتا التجهيل في عقد الاجارة من حيث أنه اجارة لم يفسد العقد قطعا وأما ثانيا فلان قوله فان تجهيل البديل واشراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة وبشرط تجهيل الاجرة قبل نبوت الملك في المعقود عليه تفوت المساواة كما لا يخفى والاولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التجهيل في الاجارة لا يخالفه مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التجهيل كالبيع الا أنه سقط لما منع وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر فاذا أسقط حقه بالتجهيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا بأن البراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة به الصحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صح وأجيب بأن صحة البراء على قول أي حنيفة وأي يوسف ممنوعة وجوزة محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح البراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكتابة بما يذوب له على فـلان وصحة الرهن لان موجب ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتجهيل واشراطه فكذا الرهن به انتهى كلامه (أقول) هذا كله مأخوذ من النهاية الا أن التعليل المذكور لتجوز محمد رحمه الله البراء عن الاجرة ليس بسد بدله كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة أيضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البديل الاخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على أن ذلك التعليل لا يقتضي أصلا فلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة أبيض من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعبرات مع أن كلام من البديلين معدوم هناك قطعافلا فرق في الجانبين أصلا كما لا يخفى وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علماءنا وان أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأني اقرار بالمال المدعى فليتامل انتهى كلامه (أقول) قد أخذ أصل ابراءه من البدائع وأنه ساقط أما بيان أخذه من البدائع فلا أن صاحب البدائع ذكره قول محمد في جواز البراء عن الاجرة وجهين وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد أن البراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد صدق صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف صحيحا كما في قول الرجل لغيره أعنتك عبدك غني على ألف درهم فقال أعنتك ولان البراء اسقاط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه ان كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعني به شيئا آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع وأما بيان أنه ساقط فلانه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبننا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لا مزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو آخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني وأما ما ذكره ذلك المورد في علاوة

( قوله واذا قبض المستأجر الدار ) اي بان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة وأن يقول باستيفاء المعقود عليه أو بالتتمكن منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا و بدل أحد الاقسام لا يكون قسما بذاته فاذا قبض المستأجر باجارة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الأجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه أو من الغير أو من أجني سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان بزوال شيء منها زال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل أن يستأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم فذهب اليها بعد مضي ( ١٥٧ ) اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد

( واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها ) لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقفنا تسليم المحل مقامه اذا التمكن من الانتفاع بنسبته

من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الاقرار فليس يتم أيضا اذا لمخالفة بين المقامين أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق \* ثم أقول لو ترك صاحب البدائع قيد المنفعة عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بأن اكتفى بقوله وهو العقد لما غشي الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلا وكفى في اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانعقاد في جانب الاجرة دون المنفعة بأن اكتفيا بأن يقال ان الابرأ وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما كتني به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الاجرة أيضا وكفى في اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين الى محل المنفعة وهو الدار مثلا مبروطا أحدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة الى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فان الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفه شرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكها عن محلها لانها فجاز أن يقال العقد وجدوا لان انعقاد تراخي الى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأي بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك نعم يجوز أن يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر أنفالكنا الاسلام في توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الاخرى نأمل ترشده ( قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها ) قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقبول أحدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الاجني أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثاني أن تكون الاجارة صحيحة فان في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث أن

ففيها في غير مكان العقد  
( قوله فاذا قبض الى قوله في المكان الذي وقع العقد فيه الخ ) أقول لعل الصواب أن يقول في مكان أضيف اليه العقد فانه اذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يستحق الاجرة بخلاف ما اذا سلمها وأمسكها في غير بغداد الذي هو محل العقد وفي المحيط البرهاني يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان الذي أضيف اليه العقد فاما اذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي أضيف اليه العقد أو تمكن من الاستيفاء في

المكان الذي أضيف اليه العقد خارج المدة لا يجب الاجر حتى ان من استأجر دابة يوما لاجل الركوب فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فان استأجرها للركوب في المصير يجب عليه الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد وان استأجرها للركوب خارج المصير الى مكان معلوم لا يجب الاجر اذا حبسها في المصير لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذي أضيف اليه العقد فاذا ذهب بالدابة الى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد في المدة وان ذهب الى ذلك المكان خارج المصير بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر انتهى ( قوله ولم يستوفها وجب الاجر ) أقول واذا استوفها وجب بالطريق الاول ( قوله مثل ان يستأجر دابة الى الكوفة الخ ) أقول وفيه بحث فان التظاهر المطابق لسياق كلامه أن يقول وسلمها بعد مضي اليوم فذهب اليها الخ





لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة) وما هو جلة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جلة المنفعة شيئا كافي المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالحياطة فان الحياط لا يستحق شيئا من الاجرة وقبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف (فلا يتوزع الاجر على اجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لان في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الحياط شيئا فالجواب ان اجزاء العوض قد تنقسم على اجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كافي المبيع والتسليم في الحياط وجد تقدير الان عمل الحياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تفديرا على ان المصنف لم يلزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا لكان (١٥٩) للرجوع عنه وجه (ووجه القول

الرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة) بين البديلين (الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) بل المطالبة حينئذ تفضي الى عدمه فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من جهة المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع المطالبة وما أفضى وجوده الى عدمه فهو منتف (فقد رنا بما ذكرنا) من اليوم في الدار والمرحلة في البعير (وليس للقصار والحياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) كله (لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر) وهذا يشير الى أنه لو كانا ثوبين ففسر غ عن أحدهما جاز أن يطلب

لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقيق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقد رنا بما ذكرنا (وليس للقصار والحياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

عن ذكرها مع ان المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة وما هو جلة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جلة المنفعة شيئا كافي المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالحياطة فان الحياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي اه (أقول) في قوله كافي المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وهو ظاهر اذ قدم في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا واذا بيع سلعة بثمن أو ثمن بثمن قيل له - ما سلما معا في الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي صورتين الاخرين يستحق قبض البديلين معا واما ان لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فاما لم يقل به أحد والصواب ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كافي المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جلة المبيع ما بقي شيء من الثمن اه (قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته وقالوا الاستأجر حياط يخطط له في بيت المستأجر فحياطه وبه ففسر في الثوب فله الاجر بقدر ما خطه فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك

أجرته لانه منتفع به (وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) أنه غير منتفع به

(قوله فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول فيه بحث فانه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا واذا بيع سلعة بثمن أو ثمن بثمن قيل له ما سلما معا كما سبق قبيل باب خيار الشرط فهذا القول من الشارح له وهو الحق عكس ما ذكره كنف وهو مخالف لما أسلفه نفسه في أول هذا الباب قال في الكافي فاما لم يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الاجرة كافي المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جلة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى فليتأمل (قوله ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الحياط شيئا) أقول ما المانع من أن يكون المقبس عليه الصورة التي تسلم صاحب الثوب من الحياط فوبه الذي خط به (قوله وجوبا) أقول يعني في الذمة (قوله الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) أقول وأيضا تعين أجر كل ساعة متعسر بل متعذر (قوله فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول فيه منع (قوله فقد رنا بما ذكرنا) أقول يعني فقد رنا استحضارا



قال ( ومن استأجر خباز الخبز ) ذكر هذا البيان حكيم أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آتفا والنائي أن فراغ العمل بماذا يكون فإذا استأجر خباز الخبز في بيته ففيزدقيق بدرهم لم يستحق الأجرة حتى يخرج الخبز من النور لأن استحقاق الأجرة بتمام العمل وتمام العمل ( ١٦١ ) بالأخراج ( فلوا حرق أو سقط من يده

قبل الأخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم ) فان قيل خبزه في بيته يمنع أن يخرج غيره ومن عمل لواحد فهو أجير واحد واستحقاقه الأجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل أجيب بأن أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كن استؤجر شهر الخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيراً مشتركاً كالتوقف استحقاقه على فراغ العمل

قال المصنف ( ومن استأجر خباز الخبز في بيته الخ ) أقول في مبسوط السرخسي وكذلك الرجل يستأجر الخباز لخبزه في بيته دقيقاً معلوماً بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الأجر تاماً وإن سرق قبل أن يفرغ فله من الأجر بحساب ما عمل وإن كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الأجر شيء ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لأنه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله انتهى ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل

قال ( ومن استأجر خباز الخبز في بيته ففيزدقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من النور ) لأن تمام العمل بالأخراج فلوا حرق أو سقط من يده قبل الأخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم ما استوفى من المنفعة إذا كان العمل في بيته وليس يطابق أيضاً المفهوم قوله إذا كانت له حصة معلومة من الأجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلاً إذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الأجر لأن مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الأجر مطلقاً أي سواء كانت له حصة معلومة من الأجر أو لا فإنه قال وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ وكان فيما إذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الأجر مطلقاً قبل الفراغ بخلاف فدل قوله وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ بخلاف على أن لا يجب عليه الأجر مطلقاً قبل الفراغ فيما إذا عمل في بيته أيضاً ولأنه قال لما يناوهراده على ما صرح به الشراح فاطبة هو قوله لأن العمل في البعض غير منتفع به ولا شأن ذلك يقتضي أن لا يستوجب الأجر قبل الفراغ مطلقاً فأنى يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور ولم يرد أن جملة ما ذكره صاحب العناية ههنا وهو محض فكيف ينبغي أن يصار إلى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم إن بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفاً لاختلال رأي الشراح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشراح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ وجه الفرق على ههنا بين ذلك وبين ما إذا خاط في غير بيت المستأجر أنه إذا خاط في بيته وجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر بخلاف ما إذا خاط في غيره وقال فيه بحث فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب الأجر اه كلامه ( أقول ) جوابه عن بحثه ليس بنام إذا لاشك أن استيجاب الأجر يتحقق بالفراغ ولهذا الوجه من الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيك حتى تعطيني الأجر فله ذلك عند أئمتنا الثلاثة كما أن للبائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعبرات وسيأتي في الكتاب ألا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ أي إلى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الأجر كما أنه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع أي إلى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الأجر في استئجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وإن كان بقاؤه وتقرر به تسليم المتاع إلى صاحبه كما أن ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وإن كان بقاؤه وتقرر به تسليم المبيع إلى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق استيجاب الأجر وهذا قال في الكتاب وليس للقصار والخياط أن يطالب بأجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع إلى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأي صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما إذا عمل في بيت المستأجر وبين ما إذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد ( قوله ومن استأجر خباز الخبز في بيته ففيزدقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من النور ) قال في العناية ذكر هذا لبيان حكيم أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة

( ٢١ - تكمله سابع ) في دفعها فإنه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما إذا خبز بعض الدقيق كنصفه مثلاً تاماً ولم يخبز البعض الآخر ( قوله أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة الخ ) أقول الجمال أجير مشترك ويستحق الأجرة قبل الفراغ من عمله إلا أن يجعل قطع كل مرحلة عملاً على حدة ( قوله وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ ) أقول أما إذا استأجر خبازاً يومياً لخبزه في بيته فإنه أجير واحد يستوجب الأجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل



(فان أخرجه من التنوير ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لان عمله ثم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته (ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه جنابة توجب) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أي قوله لا ضمان عليه (عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده) ولا ضمان على الامين (وعندهما يضمن) لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب (ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم) والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الخطب والمخ عندده. ما لان ذلك صار مستحكما قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رما لا القيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري وأما عند غيره فهو مجرى على عومه بأنه لا ضمان بالاتفاق أما عند فلان لم يملك من عمله وأما على قولهما فلان هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما (ومن استأجر طبيا خالطه طعام ونية فعله تفرغه الى القصاع) لانه من تمام عمله عرفا وان استؤجر في طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرف (ومن استأجر انسانا لضرب له لبنا استحق الاجر عند أبي حنيفة باقامته) فان أفسده المطر قبل ذلك أو أنكسر فلا أجر له (١٦٣) لا يصير مسالما لم يصير لبنا وما دام على الارض لم يصير لبنا (وقالا لا يستحقه حتى بشرجه)

(فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لانه صار مسلما اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجنابة قال وهذا عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر قال (ومن استأجر طبيا خالطه طعاما للوليمة فالغرف عليه) اعتبارا للغرف قال (ومن استأجر انسانا لضرب له لبنا استحق الاجر اذا أقامها عند أبي حنيفة وقال لا يستحقها حتى بشرجها) لان التشرية من تمام عمله اذا لا يؤمن من الفساد قبله فصار كخراج الخبز من التنوير لان الاجر هو الذي يتولاه عرفا وهو المعنى فيما لم ينص عليه ولا يحنيفة أن العمل قد تم بالاقامة والتشريع عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشرية بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كلقصار والصباغ فله أن يجبس العين حتى يستوفي الاجر) لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في المبيع ولو حبسه فضاغ لا ضمان عليه عند أبي حنيفة لانه غير متعدي في الحبس فبقى أمانة كما كان عندده ولا أجر له لالهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمول ولا أجر وسين من بعد ان شاء الله تعالى

الخطا آنفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون اه (أقول) فيه شيء وهو انه اذا علم من مسئلة الخطا آنفا أن الاجر المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل ولا ينبغي أن يقصده العاقل فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثاني وهو أن الفراغ من العمل في الخبز بماذا يكون ويرشد اليه أنه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من

أي ينضده بضم بعضه الى بعض (لان التشرية من تمام عمله) عرفا وباقى كلامه ظاهر قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كلقصار الخ) وكل صانع لعمله أثر في العين كلقصار والصباغ فله أن يجبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البذل كما في البيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البذل والوصف لا ينفك عن العين فجاء حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاغ لا ضمان عليه

فالجواب ما أشار اليه بقوله لانه غير متعدي يعني ان الضمان لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعدي فلا يلزمه الضمان لكنه لا أجر له لالهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمول ولا أجر وسند كره في باب ضمان الاخير

قال المصنف (فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) أقول في الوقاية وان احترق بعد ما أخرج فله الاجر وقبلة لا ولا غرم فيها وقال صدر الشريعة أي في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج وقال صاحب الدرر والغرف به بحث أما أولا فلانه مخالف لما في شروح الهداية ان فيما قبل الاخراج غرم حتى قال في غاية البيان انما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنوير لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا وأما ثانيا فلانه مخالف للقاعدة المقررة الا في ذكرها من ان الاجر المشترك يضمن ما تلف به لانه انتهى كلامه قال المصنف (لانه مضمون عليه) أقول تعليل لقوله يضمن على لحظة تعلقه بالمفعول قال المصنف (الآ ترى أنه ينتفع به) أقول فيه إشارة الى الجواب عن دليله. ما الثاني يعني أن العرف مشترك فكأنه قد بدى ولاه فقد ينقل من موضع العمل قبل التشرية وفي القاموس التشرية بضم التاء



وكل صانع ليس له له أثر في العين كالحال بالماء والجسم فليس له أن يجبره لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم بالعامل أو بعينه له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذ لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء وأما اذا كان فهي مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختاره المصنف رحمه الله وذكر في المسبوط وجامع قاضيان أن احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين فيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (قوله وهذا بخلاف الآتي) جواب عما يقال الآتي اذ اردت انسان كان له حق الحبس وان لم يكن له أثر في العين قائم وجهه ان الآتي كان على شرف الهلاك وقد أحياه برده فكأنه باعه منه فله حق الحبس (وهذا الذي ذكرنا) يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان له أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر) قيل هو مذهب الشافعي رحمه الله (ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في الذي له أثر وفيما لم يكن (لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والمسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كالموكل في بيت الصاحب والجواب (ان الاتصال بالحمل ضرورة اقامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) ونظير ذلك لو قيل ان تصد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس (١٦٣) وقد تقدم فصار كقبض المشتري

المبيع بغير رضا البائع فان للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن جسد الدين الضرب رحمه الله هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلا واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه من محل بعينه فيستحق عنه كالمفوعة في محل بعينه كائن استأجر دابة بعينه كائن استأجر دابة

قال (وكل صانع ليس له له أثر في العين فليس له أن يحبس العين لاجر كالحال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآتي حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء العمل ولا أثر له لانه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علماء الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس وانما أن الاتصال بالحمل ضرورة اقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عنه كالمفوعة في محل بعينه (وان أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمل له) لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ابقاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ابقاء الدين (فصل) (ومن استأجر رجلا ليل يذهب الى البصرة فيجيء بعباله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء عن بقي فله الاجر بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراعاة اذا كانوا معلومين (وان استأجره ليل يذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويحيى ويجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرد فلا أجر له)

التنوير ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبز من التنوير ولو كان مراده بيان الحكمين معالقال هكذا تدبر

بعينه للحمل فانه ليس للو جران يسلم غيرها وفيه تأمل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز وان أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمل له لان المستحق العمل ويمكن ابقاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ابقاء الدين والله أعلم

(فصل) لما ذكرنا استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر أو بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعارض (ومن استأجر رجلا ليل يذهب الى البصرة فيجيء بعباله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي) فاما ان يكون على جماعة معلومي العدد أو لا فان كان الثاني استحق جبيع الاجرة وان كان الاول (فله الاجر بحسابه لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) وهو اختصار الفقيه أبي جعفر الهندي وانى واختاره المصنف واليه أشار بقوله (ومراد) يعني القدوري رحمه الله (اذا كانوا معلومين وان استأجره ليل يذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجد ميتا) فاما ان يرد الكتاب أو لا فان كان الثاني استحق أجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول (فلا أجر له)

(فصل) ومن استأجر رجلا قال المصنف (ومرادنا) كانوا الخ) أقول في البزاية وان لم يكونوا معلومين فالاجرة فاسدة وفي الدرر والغرر وان لم يكن عباله معلومين فله كل الاجر فقامل فانه لا مخالفة كما سيوضح في الدرس الآتي من العناية

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله أجر الزهابة (وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب وقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الأجر المقابل له ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إلى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه بوجه فيسقط الأجر كما إذا استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبر مرة فذهب به ووجد منه متافرة فإنه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو جعل الطعام وليس بذاهض على محمد لأن المعقود عليه في مسألة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها والله أعلم

### باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

لما فرغ من ذكر الإجارة (١٦٤) وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكرنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ

هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته وإهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالأجاء) لأن الحمل لم ينقض (وان استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلاناً متافرة فلا أجر له في قولهم جميعاً) لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو جعل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

### باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قال (و يجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها)

### باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكره من إدمان الإجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الإجارة وما لا يجوز منها انتهى (أقول) فيه نوع خلل لأنه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الإجارة وانما ذكر ذلك في باب آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الإجارة الفاسدة قبل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها من المستأجر للتوجير كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ وتقييده وذكراً أيضاً من الأفعال ما بعد خلافاً من الأجير للتوجير وما لا بعد خلافاً انتهى (أقول) فيه أيضاً فتأمل (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لاصلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لأن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لأنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليق يدل على ما ذكرنا انتهى كلامه ومال أكثر السراخ إلى سمته في تصوير هذه المسئلة غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله أن يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري إلى هنا كلامه

وتقييده وذكراً أيضاً من الأفعال ما بعد خلافاً من الأجير للتوجير وما لا بعد خلافاً قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى الخ) قيل صورة المسئلة أن يقول استأجرت هذه الدار شهراً بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف إلى السكنى وان لم يبين

### باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

(قوله باب ما يجوز من الإجارة) أقول لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الإجارة فيمنع وجه التأخير لأن التفصيل بعد الاجمال فلي تأمل قال المصنف (ويجوز استئجار الدور والحوانيت) أقول في الفصل الحادي عشر

من إجازات المحيط البرهاني في فتاوى أبي الليث إذا آجرت المرأة دارها

(أقول)

من زوجها وسكنها جميعاً فلا أجر لها قال وهو بطلان استئجارها للطبخ أو لتخبز هكذا ذكرنا انتهى قبل في المعنى ان التسليم شرط الصحة الإجارة ولو جوب الأجر وسكنها معه منع التسليم والحكم بمنوع والعلة مردودة والقياس على استئجارها للطبخ والتخبز لا يصح لأن الطبخ والتخبز مستحق عليهما ديانة ان لم يكن مستحقاً عليهما حكماً أما السكن الزوج في منزلهما غير مستحق عليهما ديانة ولا حكم وقوله بأن سكنها مع الزوج يمنع التسليم قلنا لا يمنع لأنها تابعة للزوج في السكنى كما فصل في الهبة (قوله للسكنى) أقول حال من الدور والحوانيت أي كائنين معدتين للسكنى

لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصيح العقد

(أقول) فيما قال تاج الشريعة كلام أما أولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر التقييد بقوله للسكنى فائدة أصلا لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بأنها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذا لظاهر ان الحكم في استئجار كل دار أو حانوت ماذ كفي الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل اللغو فان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غنى عن البيان غير خفي على أحد وأما ثانيا فلان قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغي أن يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرح حوايه ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سأتى في الكتاب ففيما هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد ثم الانصاف أنه لو لم يقع في عبارة مختصر القصد دورى قصد للسكنى في وضع هذه المسئلة كما يقع في عبارة عامة معتبرات المتن لو كان أولى وأحسن كما لا يخفى (قوله لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال لان العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف اليه لا يتفاوت فصيح العقد لانه لا ينتظمه قوله وله أن يعمل كل شئ سوى موهن البناء بل لان الاصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه بطلاق العقد انتهى كلامه (أقول) ليس شئ من شطري كلامه بسديد أما شطره الاول فسلان مراد المصنف وغيره أن العرف بصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على اطلاقها فله أن يعمل كل شئ منها لهذا الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقيق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى أعمال السكنى وبين القول بأن له أن يعمل كل شئ من أعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره وأما شطره الثاني فلانه لو كان الاصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بطلاق العقد بدون المصير الى أن المتعارف فيها هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى أيضا ولم يقل به أحد بل صرحوا في عامة المعبرات بأنه مصروف بالعرف الى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فصيح العقد من غير بيان وقالوا ان هذا استحسان وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فبتفاوت فلا يكون بدمن البيان لأجهالة المفضية الى النزاع كما في استئجار الاراضى للزراعة (قوله وانه لا يتفاوت فصيح العقد) قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا أساس لهذا السؤال بالمقام اذا الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لافي بيان من يسكن انتهى (أقول) لعل لفظ السكان في كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فينتد مساس السؤال بالمقام ظاهر وأما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد لكن قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان تفاوت السكان في العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذلك بتفاوت السكان قصرا للمسافة وبرشد اليه قوله ووجهه يعني وجهه الجواب ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فصيح انتهى حيث قال ان السكنى لا تتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا

لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدور والحوانيت الانتفاع وهو متنوع فوجب أن لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه الاستحسان أن المعروف كالمسروط نصا فينصرف اليه (قوله ولانه لا يتفاوت) جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فصيح

(قوله ولانه لا يتفاوت) أقول الظاهر وانه لا يتفاوت (قوله جواب عما عسى أن يقال سلمنا الخ) أقول لا أساس لهذا السؤال بالمقام اذا الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لافي بيان من يسكن

(وله أن يعمل كل شيء) من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوفيد وغيرها مما هو من نوابيع السكنى (الاطلاق) أى لاطلاق العقد فانه ليس بقيد بشئ دون شئ (الا أنه لا يسكن حـدادا ولا قصارا ولا طحانا) بالماء أو الدابة دون اليد ان لم يوهن البناء وفي الجملة كل ما لم ينضرب به البناء جاز أن يعمل فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الباء وقوله حداد يكون نصبا على الحال وينتفى به الاسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز أن يكون بضم الباء والمنصوبات مفعول به وينتفى به سكونا دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ( ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهوده فيها ) وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها

(١٦٦)

(وله ان يعمل كل شيء) لاطلاق (الا أنه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا) لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة قال ( ويجوز استئجار الاراضى للزراعة ) لانها منفعة مقصودة معهوده فيها (ولستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط ) لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع في الحال الا بهما فبداخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الخشب والارض السبعة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ( ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها ) لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة ( أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء ) لانها ما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال ( ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أو يغرس فيها نخلا أو شجرا ) لانها منفعة تقصد بالاراضى

ما يزرع فيها لانه متفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعاً للمنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع ( ويدخل الشرب والطريق في العقد فلا تنصب لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فبداخلان في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يستأجر الساحة ) وهى الارض الخالية من البناء والشجر ( ليبنى فيها أو يغرس ) لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضى ( فيصح به العقد

( قوله لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ) أقول فيه رد على الاتقاني ولكن بقی ههنا كلام وهو ان اتحاد المناط لا يكفي في الدلالة لوجوده في القياس أيضا

جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف الخ ( أقول ) كلامه ليس بصحيح أما أولا فلان صاحب العناية لم يصح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط وأما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة ولا نه بل يأباه اذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من مميزات ما قبله فلم يصح قوله والله هذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ وان أراد أن المذكور في لفظ العناية بصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضا بل المذكور فيما رأينا من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام ( قوله لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء ) فيتقيد العقد بما وراءها دلالة أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن أعمال السكنى متفاوتة فبعض منها يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالمثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر أنفاوته يعنى السكنى لا متفاوت ويمكن أن يقال ان معنى قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذى يضر البناء يوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ماشاء فتأمل ( قوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها ) لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة ) أقول لقائل أن يقول في التعليل شائبة الاستدراك اذ يكفي في تمامه أن يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها لا يطاق المدعى ولا تنفع له في اثباته فالجواب انه لا بد في صحة عقد استئجار الاراضى للزراعة من أمرين أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لانها

قد

بل لا بد مع ذلك ان يدرك بالغة فتأمل هل يوجد ذلك هنا قال المصنف ( ويجوز استئجار الاراضى

للزراعة لانها منفعة مقصودة معهوده فيها ) أقول انما قال ذلك لان كون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاءها بعقد الاجارة ويجرى به التعامل من الناس من شرائط صحة الاجارة قال في البدائع في تعليل هذا الشرط لانها عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس ثم قال فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستغلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقيته ذلك فيه لم يجوز لانه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة



(فإذا انقضت المدة لزمت المستأجر فاعلمها وتسليمها فارغة لأنه لا نهاية لها - ما في إبقائها ماضر بصاحب الأرض) هذا من جانب المستأجر وأما من جانب المؤجر فلا أن الأرض إما أن تنقص بالقطع أولا فإن كان الأول فإن شاء يغيرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه رضي به المستأجر أولا وإن شاء رضي بتركها على حالها فيكون البناء لهذا الأرض لذلك لأن الحق له فله أن يتركه وإن كان الثاني فله أن يغيرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضا المستأجر ( وهذا بخلاف الزرع إذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك بأجر المثل إلى أن يدرك لأن له نهاية مع - لومة فأمكن رعاية الجانبين) وذلك لأننا لو قلنا أنه تضرر بالمستأجر ولو تركنا الأرض بيده بلا أجر تضرر بالمؤجر وفي تركه بأجر رعاية الجانبين فصير إليه وأوردته مسئلة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة (١٦٧) قال (ويجوز استئجار الدواب

لركوب والجل الخ) إذا استأجر دابة للركوب فاما أن يقول عند العقد استأجرت للركوب ولم يزد عليه أو زاد فقال على أن يركب من شاء أو على أن يركب فـلان فهو - ثلاثة أوجه - فان كان الأول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافًا فاحشا فان أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجرة المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز كالواش - ترى شيئا بخمر أو خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لانها عقد مدني - قد ساء فساءة فكل جزء منه ابتداء وإذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وإن

(ثم إذا انقضت مدة الاجارة لزمه أن يقطع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة) لأنه لا نهاية لها ما في إبقائها اثرار بصاحب الأرض بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الادراك لان له نهاية مع - لومة فأمكن رعاية الجانبين قال (الأن يختار صاحب الأرض أن يغيرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر إلا أن تنقص الأرض بقلعها ما خفيته يملكها بغير رضاه قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا الأرض لهذا) لان الحق له فله أن لا يستوفيه قال (وفي الجامع الصغير إذا انقضت مدة الاجارة وفي الأرض رطبة فانها تقطع) لان الرطاب لانها نهاية لها فاشبه الشجر قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والجل) لانه منفعة معلومة معهودة (فان أطلق الركب جازله أن يركب من شاء) - لا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه أو أركب واحد ليس له أن يركب غيره لانه تعين مراد من الاصل والناس يتفاوتون في الركب فصار كأنه نص على ركوبه

قد تستأجر غيرها أيضا فلا بد من نفي الجهالة وتأنيم ما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها والمصنف لما رأى اندراج الاول أيضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمى ما يزرع فيها بناء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار إلى تعليل كلا الأمرين أما إلى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها وأما إلى تعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفتن لهذه الدقة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر غيرها أيضا فلا بد من البيان نفيًا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالأرض وعدمه فلا بد من التعيين قطعًا للنازعة انتهى (قوله فان أطلق الركب جازله أن يركب من شاء عملا بالاطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه لان المستأجر إما أن يقول عند العقد استأجرت للركوب ولم يزد عليه شيئا أو زاد فعلى هذا إما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فـلان ففي الوجه الاول يفسد العقد لان الركب مما يختلف اختلافًا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فان أركب شخصا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجرة المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لان عقد الاجارة ينقد ساءة فساءة فكل جزء منه ابتداء وإذا

كان الثاني صح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مراد من الاصل على الوجه الذي قلنا فان أركب غيره بعد ذلك فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب أولا والمراد بقوله فان أطلق الركب هو أن يقول على أن يركب من شاء وإن كان الثالث فليس له أن يتعداه لانه تعين مفيد لا بد من اعتباره فان تعداه كان ضامنا

(قوله وإن كان الثاني فله أن يغيرم قيمة ذلك مقلوعا) أقول وإن شاء رضي بتركها على حالها ولم يذكره الشارح تعويلا على انقضاءه من الكلام (قوله على الوجه الذي قلنا) أقول أنفا

وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة وحكم الحمل بحكم الركوب بخلاف العقار فإنه إذا شرط سكنى واحد به منه جازاً سكن غيره لأن التقيد غير مفيد لعدم التفاوت فإن قيل قد تتفاوت السكان أيضاً فإن سكنى بعض قد ينضرب به كالحديد ونحوه أجاب بقوله (والذي يضرب بالبناء خارج (١٦٨) على ما ذكرنا) واعتبر ما ذكرنا لك تستغن عما في النهاية من التطويل وقول المصنف

(وكذلك إذا استأجر نو باللبس وأطلق جازاً في ما ذكرنا) لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس (وان قال على أن يركبها فـ لان أو يلبس الثوب فـ لان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فـ عطف كان ضامناً) لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعمين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لان التقيد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضرب بالبناء والذي يضرب بالبناء خارج على ما ذكرنا قال (وان سمي نوعاً وقدر معلوماً يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرراً أو أقل كالشعير والسهم) لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت أو لكونه خيراً من الاول (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالحديد) لانعدام الرضا فيه (وان استأجرها ليعمل عليها فطناسها فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً) لانه ربما يكون أضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينسبط على ظهرها

ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذلك ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى وبتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مراداً من الاصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداءً وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لانه تعين مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامناً وحكم الحمل بحكم الركوب في جميع هذه الأوجه كذا قالوا ثم اعلم أن الشراح اختلفوا في تعيين أن المراد بقول القدرى فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أي وجه من هاتيك الأوجه الثلاثة فجزم فرقة منهم كتاب السريعة وصاحبي الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو أن يقول على أن يركب من شئت وان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الامام الزاهد والامام أبو نصر الاقطع في شرحهم ما يختص القدرى وجوز فرقة أخرى منهم كاصحاب النهاية والكناية ومعرّاج الدراية الحمل على الوجهين أحدهما آخر أحوال الوجه الاول وهو انقلاب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسداً بأن يكون معنى قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أو أركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسداً وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل اذا عرفت هذا فاقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة أعنى قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء بقوله عملاً بالاطلاق يقتضى أن يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لانه انما يتشبه عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الاول اذ لا شأن له انقلب العقد الى الجواز في الوجه الاول انما هي تعين المعقود عليه بقاء لا اطلاقاً وانما الاطلاق على الفساد ابتداءً وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم عال المسئلة بما عال به المصنف حيث قال فان أطلق بأن قال على أن يركب أو يلبس من شاء جازله أن يركب أو يلبس من شاء عملاً بالاطلاق انتهى فتدبر (قوله وان سمي نوعاً وقدر معلوماً يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرراً أو أقل كالشعير والسهم) كلاهما مثال لما هو أقل في الضرراً وأما مثال ما هو مثل في الضرراً فكما اذا سمي خمسة أفقرة حنطة بعينها فحمل خمسة

ويجوز استئجار الدابة لركوب معناه لركوب معين اما صاحبة أو تـ تدبراً (وان سمي نوعاً ومقداراً من شئ يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة بعينها فله أن يحمل ما هو مثله في الضرراً) كحنطة أخرى غيرها (أو) ما هو (أقل) ضرراً (أو) كالشعير (والسهم) فانهم ما اذا كانا خمسة أفقرة كانا أقل وزناً فكانا أقل ضرراً وذكر في النهاية أن في الكلام لفاً ونشراً فان الشعر ينصرف الى المثل والسهم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس واضحاً فان السهم أيضاً مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل وانما جازله ذلك لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت) يعني به اذا كان مثلاً (أو لكونه خيراً) يعني به اذا كان أقل ضرراً (وليس له أن يحمل ما هو أكثر ضرراً من الحنطة كالحديد) اذا كان مثلاً كلالا لانه أنقل (لانعدام الرضا فيه وان استأجرها ليعمل عليها فقدره من القطن فليس له أن يحمله عليها مثل وزنه حديداً لانه ربما كان أضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر

بخلاف القطن فإنه ينسبط عليه) وانما ذكره مع كونه معلوماً مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون أفقرة

(قوله أو تدبراً) أقول كافي الوجه المذكور في الكتاب أولاً (قوله وليس واضحاً) أقول وفيه بحث فان صاحب النهاية يدعى أن خمسة أفقرة من الشعر مثل خمسة أفقرة من الحنطة في الضرراً فالحجاب منع ذلك لا ما ذكره الشارح كلاً لا يخفى (قوله لانه أنقل لانعدام الرضا فيه) أقول الاولى ان يقال ولا يرضى به المؤجر

(وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الراكب (ولامعتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخفق عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنائيات) والجناة جمع جان كالبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والاخر عشر جراحات خطأ فالدابة بينهما أنصافا لان رب جراحة واحدة أكثر تأسيرا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبييا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل (وان استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما) اذا كان مثلها يطبق حمله (وأما اذا كان جلالاً بطيعة مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجه (١٦٩) عن العادة) كما اذا كانت الزيادة من خلاف

جنس المسمى كمن استأجرها ليحملها خمسة أفقر من شعر فحملها مثل كلة حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختما فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس وأوجب بأن الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فأما في الحمل فيكون جلة واحدة فهو مأذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك وبهذا يندفع ما قيل على ما اذا استأجرها ليركبها فأردفها رجلا فانه يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها ليركبها بنفسه باركبها غيره ضمن جميع القيمة

قال (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا يعتبر بالثقل) لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخفق عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنائيات قال (وان استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (الا اذا كان جلالاً بطيعة مثل تلك الدابة فعينئذ يضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة

أفقر حنطة أخرى وانما ترك هذا في الكتاب نظيره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعر والسهم هذا لف ونشر فان الشعر ينصرف الى المثل والسهم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير فيه من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح السكاكي كما هو دأبه في أكثر الاحوال وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعر الى قوله مثل الحنطة ويرجع قوله والسهم الى قوله أقل وليس ذلك بشيء لان الشعر ليس مثل الحنطة بل أخف منها ولهذا الشرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعر فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت ولو كان مثلاً لم يضمن كشرط أن يحمل عليها حنطة زيد دخل عليها حنطة عمر وبذلك الكيل بل قوله كالشعر والسهم جميعاً نظير قوله أقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية أن في الكلام لف ونشر فان الشعر ينصرف الى المثل والسهم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السهم أيضاً مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه (أقول) فيه خبط واضح فانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون السهم مثل الحنطة في الكيل ولا شك أن المراد بالمثل والأقل ههنا ما هو مثل وأقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب وانما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والقلية في الضرر بالقلية في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السهم والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل أمر يدهسى فكان صاحب العناية يوهّم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والقلية أيضاً من حيث الكيل وهو عجيب من منه لم يرد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعر مثل الحنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية (قوله وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلاً

(٢٢ - تكمله سابع)

فاذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضاً فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصاً لا محالة لانه في الراكب متفردا يخالف من كل وجه وفي الراكب مأذون من وجه ودون وجه وهو يقع جلة كما مر

قال المصنف (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً) أقول قال صاحب الكفاية قيد بقوله رجلاً لانه لو أردف صبييا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبييا يستمسك فهو كالرجل انتهى الا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك (قوله قيل وانما قيد الى قوله لانه بمنزلة الحمل) أقول الا أن قوله ولان الادمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التريض لذلك (قوله لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة) أقول فيه تأمل ولعل المراد لعدم اعتبار الاذن فانه لما كان ما جله خارجاً عن العادة ظهر أنه قد ران خلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الاذن معنى



قال (وان كبح الدابة بلجامها الخ) وان كبح الدابة بلجامها أي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى أو ضرب بها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحته مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا (١٧٠) لا مراد لان العقد المطلق يتناوله وغيره ولا يوجب حنيفة القول بالموجب أي سلمنا

أنه حاصل بالأذن لكن الأذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا أمكن تحقق المقصود بها وههنا يمكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق (وان استأجرها الى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مسدنة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة (فجاءوا بها الى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية) واختلف المشايخ في معنى هذا الوضع فتنهم من أول المسئلة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط لينتمى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود من القادسية اليها مردودا الى يد المالك معني فانه لما كان مودعا معني فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى المالك معني اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من أجري على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بأن المودع مأمور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر

قال (وان كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله لا يضمنه ولا يوجب حنيفة رجه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة في تنقيح بوصف السلامة كالمرور في الطريق قال (وان استأجرها الى الحيرة فجاءوا بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لينتمى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معني وأما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فيبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فعصل الرد الى نائب المالك

لانه اذا أردف صبيبا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتمى وقال بعض الفضلاء الا ان قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمر يض لذلك انتمى (أقول) ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غيره الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الفقه في اعتبار عدد الركاب في الآدمي لا النقل هو ان الآدمي مخصوص بعلم القروسية وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا أردف مثله وأما اذا أردف صبيبا ضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التمه الى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما يقرر في عامة معتبرات الفتاوى وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا انه لما قال صاحب الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقياس بدل قول صاحب الهداية ولان الآدمي غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقياس ليعرفوا وزنهم او لم يكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى انتمى فكانه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدمي بالقياس أصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلا الا أن يكون مجردا أو جسم الطيفنا (قوله وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مراد لان العقد المطلق يتناوله وغيره اه كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جاني السؤال والجواب أما في الاول فبان قال ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج وأما في الثاني فبان قال ولعل الاول أن يقال أي الفعل المتعارف اه (أقول) كل من تصرف فيه ساقط أما الاول فلأن كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه عين التسامح في العبارة وأما الثاني فلانه لو قال في تفسير المعهود أي

وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد الى نائب المالك الفعل (قوله وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد الخ) أقول ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج (قوله أي الكبح المتعارف) أقول ولعل الاول أن يقال أي الفعل المتعارف (قوله اذا أمكن تحقق المقصود بها الخ) أقول الضمير في قوله بهاراجع الى قوله السلامة (قوله اذ يتحقق السوق بدونه) أقول أي بدون الضرب كتمر بك الرجلين والصباح (قوله فانه لما كان مودعا معني الخ) أقول تأمل في هذا التعليل



والمستأجر والمستعير ما موران بالحفظ تبع الاستعمال لا مقصودا فإذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا ليكون الرد إليه ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه وفوقض بغاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على أحد هذين والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما الجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فإن قيل الرد إلى المالك أو نائبه إزالة للتعدي وهو يصلح متبرئاً عن الضمان والرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الأول وتقرر الضمان على الغاصب بوجوب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء مضموناً بضمانين قبل إلحاق العارية بالأجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع وموثة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الإعارة والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليحقق الإلحاق والاتحاد في النشاط وهو موجود فإن المناط هو التجاوز عن المسمى متعدياً ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجود فيهما لا محالة (قوله وهذا) أي الإجراء على الإطلاق أصح (ومن أكثرى حماراً بسرج) فاستعماله به موافقة فإن نزع فاما أن يستعمله بسرج آخر أو كاف وكل منهما على قسمين إما أن يسرج بسرج بسرج بمنه الجرار أو لا وكذلك إلا كاف فإن أسرج بذلك فلا ضمان عليه لأنه لما كان مثله تناوله الأذن إذا فائدة في (١٧١)

التقييد بغيره أي من حيث المنع يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغيره هذا السرج الذي عينه صاحبها إذا كان غيره مماثل وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله (إذا كان زائداً عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فإن الزائد لم يتناوله الأذن فكان ما دوناً في المسمى غير ما دون في الزيادة وفي مثله

وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ ما موراه تبع الاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود وهذا أصح قال (ومن أكثرى حماراً بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمنه الجرار فلا ضمان عليه) لأنه إذا كان مماثل الأول تناوله أذن المالك إذا فائدة في التقييد بغيره إذا كان زائداً عليه في الوزن فيثبت ضمن الزيادة (وان كان لا يسرج بمنه الجرار ضمن) لأنه لم يتناوله الأذن من جهته فصار مخالفاً

الفعل المتعارف لم يتم الجواب إذا الفعل المتعارف مطلق العقد لا داخل تحته وإنما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وإن أراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقاً احتاج إلى تفسير آخر في تبيين المراد فالأولى ما في العناية كما لا يخفى (قوله وفي الإجارة والإعارة يصير الحفظ ما موراه تبع الاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود) فإنه لما تجاوز الحيرة صار

بضمن الزيادة إذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الخنطة وإن أسرج بحماراً بسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لأنه لم يتناوله الأذن من جهته فصار مخالفاً

(قوله وفوقض بغاصب الغاصب إلى قوله على أحد هذين) أقول لا يبعد أن يقال إن الغاصب في عرضية أن يكون ما كاسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد إليه كالرد على المالك (قوله الجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول لا يقال كيف يستقيم الحصر المذكور عليه بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحتته بالنظر إلى ما نحن بصدده نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجراً من غاصب الدابة فتدبر (قوله قبل إلحاق العارية) أقول القائل عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه الخ) أقول فيه نوع تأمل فإن مراد القائل أنه إذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يبرأ المستأجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد إلى يده ولا كذلك العارية فالمناسب في الجواب هو التعرض لدليله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليتأمل قال المصنف (ومن أكثرى حماراً بسرج الخ) أقول إذا استأجر حماراً بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج بمنه الجرار فهو ضامن بتقدير ما زاد باتفاق الروايات بالاجماع وإن كان السرج الثاني أخف من الأول أو مثله فلا ضمان كذا في الفصل السابع والعشرين من أجازات الهيوط البرهاني ولا يخفى عليك مخالفتهم لما في الهداية (قوله يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غيره راجع إلى سرج يسرج بمنه الجرار كالضمائر السابقة فالمراد بغيره هو غير السرج الذي عينه صاحبها فتأمل

(وان أو كفه با كاف لا يوكف بمثله الحر يضمن لما قلنا في السرج) انه لم يتناول الاذن (وهذا أولى) لانه من خلاف جنسه (وان أو كفه با كاف يوكف بمثله الحر يضمن عند أبي حنيفة) (١٧٢) ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذ كر فيه

انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا أصح وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والا كاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه في النقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوين والا كاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها واليه أشار المصنف في الدليل حيث قال (لانه اذا كان يوكف بمثله الحر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان

(وان أو كفه با كاف لا يوكف بمثله الحر يضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى (وان أو كفه با كاف يوكف بمثله الحر يضمن عند أبي حنيفة) وقال يضمن بحسابه (لانه اذا كان يوكف بمثله الحر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولا ي حنيفة رجحه الله ان الا كاف ليس من جنس السرج لانه للعمل والسرج للركوب وكذا ينسب أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينسب عليه الا آخر فكان مخالفا غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ووقوف بغاصب الغاصب اذا رد المصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحدهذين وأجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بأن يزيد في المأخذ فنقول انما يبرأ بالرد الى أحدهذين أو الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اه (أقول) يرد عليه ان قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ومورد النقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا أن يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالمعنى ان الغاصب لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لا بالعود فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء أن يجب عما يرد على مافي العناية بوجه آخر حيث قال لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه اظهر صحة النظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر اه كلامه (أقول) ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك أو نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بأن يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب عجاوزة الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه الا بأحدهما ولم يوجد هنا شيء منهم اظهر صحة النظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحة النظر الى كاية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ان المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكرو جوابه عنه وجه فان قيل يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه أيضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور اذ ذلك بالنظر الى ما نحن فيه أيضا فلا يتم المطلوب فالخلاص في الجملة لتصح مافي العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما نهنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما ان يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع عما يلحقه

من جنسه ولا ي حنيفة أن الا كاف ليس من جنس السرج لانه للعمل والسرج للركوب وينسب أحدهما على الظهور أكثر من الآخر) فصار كالوسعي حنطة وجل بوزنهما شعير فانه يضمن لان الشعير ينسب على ظهر الدابة أكثر من الحنطة (فكان مخالفا)

وقوله (كما إذا جمل الحديد وقد شرط له الخنطة) فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للخالفه فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه (ومن استأجر جمالا ليجمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره) فلا يخفى لو امان أن يكون ماسلكه مما يسلكه الناس أولا فان كان الاول فاما أن يكون بين الطريقتين تفاوت بأن يكون أحدهما (١٧٣) أو عرا أو أخوف أو نحو ذلك أولا فان كان

الثاني فلا ضمان عليه لان التقيد اذ ذلك غير مفيد وان كان الاول ضمن لصحة التقيد لكونه مفيدا فان قيل فمبدأ طابق الرواية لانه لا ضمان عليه فيما اذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد في هذا التفصيل أجاب بقوله (الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وان كان الثاني أعني ما لا يسلكه الناس فهلاك ضمن لصحة التقيد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة (وان جمل في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان باع فله الاجر) لحصول لان الرطاب أضر بالارض من الخنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خذلا قال شريف ضمن ما نقصها (ولا أجر له) لانه غاصب للارض على ما قررناه

كما إذا جمل الحديد وقد شرط له الخنطة قال (وان استأجر جمالا ليجمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر) وهذا اذا لم يكن بين الطريقتين تفاوت لان عند ذلك التقيد غير مفيد أما اذا كان تفاوت ضمن لصحة التقيد فان التقيد مفيد الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقيد فصار مخالفا (وان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال (وان جمل في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان باع فله الاجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها خنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) لان الرطاب أضر بالارض من الخنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خذلا قال شريف ضمن ما نقصها (ولا أجر له) لانه غاصب للارض على ما قررناه

من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي تشبث به عيسى بن أبان في الطعن في جواب الكتاب ولكننا نقول رجوعه بالضمان للغرور والتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له في النقل فأما يد المستأجر بد نفسه لانه هو المنتفع في استعمال العين المستأجر اذ لو لم يكن له في استعماله العين نفع لما اختار استعماله العين على ماله من الاجرة اه وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كتب من الشروح وعزاه في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قبل الحاق الاعارة بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم اثبت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليحقق الحاق والاتحاد في المناط كاف للحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعدد باثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيه مالا محالة اه (أقول) هذا الجواب ليس بمستقيم لان الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك مناطا للحاق في حكم الضمان فان يد المستأجر ان كان كيد المالك كان تعدد المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدد المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحدة من الاجارة والعارية بالآخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بجمع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله كما إذا جمل الحديد وقد شرط له الخنطة) قال صاحب العناية فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للخالفه فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه اه وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قد رزن الخنطة المشروطة لا يأخذ من ظهرا الدابة قدر ما تأخذ الخنطة وهذا ظاهر اه (أقول) بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله يناقض ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الخنطة المشروطة اذا لم يأخذ من ظهرا الدابة قدر ما تأخذ

أو مخالفة الى خير وزرع ما هو أضر بها كالرطاب فحين استأجره لزرعة الخنطة خالفه الى شيء يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذا لاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي الوازم يدل على تنافي الملتزمات



وقوله (ومن دفع الى خياط ثوبا) ظاهر وقوله (ويستفيع به انتفاع القميص) يريد بدسنة العود ودفع الحر والبرد وقوله (لقصور جهة الموافقة) لان صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابل الخياطة القميص دون القباء والباقي ظاهر

### باب الاجارة الفاسدة

فأخبر الاجارة الفاسدة عن صححها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها قال (الاجارة تفسد بالشروط) تفسد الاجارة بالشروط التي فساد البيع بها لانها بمنزلة في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المنزل والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفع الما قبل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المنزل بالغاما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيان

(قوله لان صاحب الثوب الخ) (١٧٤) أقول تعليل لقوله يجب أجر المنزل بعد ما علل بقوله لقصور جهة الموافقة

قال (ومن دفع الى خياط ثوبا بالخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهم) قيل معناه القميص الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانها متفاوتان في المنفعة وعن أبي حنيفة أنه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لانه يشد وسطه فن هذا الوجه يكون مخالفا لان القميص لا يشد وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى أي الجهتين شاء الا أنه يجب أجر المنزل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما بينه في باب ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء فيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاضح انه بخير لا لتحاد في أصل المنفعة وصار كما اذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه بخير كذا هذا والله أعلم

### باب الاجارة الفاسدة

قال (الاجارة تفسد بالشروط كما تفسد البيع) لانه بمنزلة الا ترى أنه عقد يقال ويفسخ (والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المنزل لا يجاوز به المسمى)

الخطبة المستر وطة تعين العكس حيث كان ما حله المستأجر على الدابة وهو الحديد أقل اتساعا على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الخطبة وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكترى على الحمار وهو الا كاف أكثر اتساعا مما عين له في العقد وهو السرج وهو عكس ذلك لا محالة

### باب الاجارة الفاسدة

فأخبر الاجارة الفاسدة عن صححها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى (قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المنزل لا يجاوز به المسمى) قال جمهور الشراح أي الواجب فيها هو الاقل من أجر

أي يجب أجر المنزل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب الخ

### باب الاجارة الفاسدة

(قوله وانما جعلت اللام في

قوله في الاجارة الفاسدة للعهد

كما رأيت لسياق الكلام

ودفع الما قبل الاقل من

الاجر والمسمى انما يجب اذا

فسدت بشرط أما اذا فسدت

لجهالة المسمى الخ) أقول

وان كان بعضه معلوما

وبعضه غير معلوم كما اذا

استأجر الدار أو الحمام على

أجرة معلومة بشرط أن

يعمرها أو يرممها وقالوا اذا

استأجر الدار على أن لا يسكنها

المستأجر فسدت الاجارة

ويجب عليه ان يسكنها أجر

المنزل بالغاما بلغ كذا في شرح الزيلعي فتأمل اذا كان الحال ما سمعت هل يدفع مادة الاعتراض بجعل اللام للعهد

قال في المحيط السبرهاني اذا تسكروا دارا من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة لانه شرط في الاجارة ما لا يقتضيه العقد ولو أجزأه منفعته فانه اذا لم يسكن فيها المستأجر لا يتسلى بثر الوضوء والمخرج واذا سكن بتمسلى واصلاح ذلك على الا أجر فكان لا تجزأه منفعته من ذلك الوجه انتهى قال الاتقاني في شرح قوله ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف الخ لو قال آجرتك هذه الدار شهر ابعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة وان سكنها يجب أجر المنزل بالغاما بلغ زاد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين قاضيان انتهى ولعل وجهه أن العاقد لم يجعل المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر ان لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لانه لا يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو التخلية وهي التمكن كما سيجيء وذلك لا يتحقق مع الفساد لو جود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبهه المنع الحسي من العباد وقد مر فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلته بدل فيجب أجر المنزل بالغاما بلغ كما اذا لم يذ كر في العقد تسمية أصلا ولا ينقص عن المسمى لان المستأجر رضى بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى فليشتر وان الله الهادي (قوله بالغاما بلغ) أقول لا تنفاه المرجع عنه

يجب بالغاماباغ اعتبارا  
بيبع الاعيان فان البيع  
اذا فسد وجب القيمة بالغة  
ما بلغت وهذا بناء على أن  
المنافع عنده كالأعيان وإنما  
أن تقوم المنافع ضرورة دفع  
الحاجة بالعقد والضرورة  
يتقدر بقدر الضرورة  
والضرورة تندفع بالصحة  
فيكتفي بها وهذا كما ترى  
يقضي عدم اعتبارا لاجارة  
الفاصة الآن الفاصدة  
تبع للصحة فيثبت فيها  
ما ثبت في الصحة عادة  
وهو قدر أجر المثل وهذا  
يقضي لزوم الأجر المسمى  
بالغاماباغ لكنهما اذا اتفقا  
على مقدار في الفاسد  
سقطت الزيادة وهذا  
يقضي لزوم الأجر المسمى  
بالغاماباغ اكن لما كانت  
التسمية فاصدة لم يجب من  
المسمى ما زاد على أجر المثل  
فاستقر الواجب على ما هو  
الأقل من أجر المثل والمسمى  
بخلاف البيع فان العين  
متقوم في نفسه وهو أي  
القيمة هو الموجب الأصلي  
وانما ذكره لتذكير الخبير  
فان صحت التسمية انتقل  
عنه والأفلا

قال المصنف (لان الفاسد  
تبع له) أقول ينبغي أن  
يكون ههنا مقدمة مطوية  
مثل أن يقال ولا يلزم عدم  
اعتبار الفاسد وفي بعض

النسخ الآن الفاسد تبع له وهذه النسخة ظاهرة

وقال زفر والشافعي يجب بالغاماباغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا أن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد  
لحاجة الناس فيكتفي بالضرورة في الصحيح منها إلا أن الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة  
اكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فسد أسقطا الزيادة واذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى  
لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها وهي الموجب الأصلي فان صحت التسمية  
انتقل عنه والأفلا

المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى  
ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الأجر بالغاماباغ كما صرح به في الذخيرة  
والمعنى وفتاوى قاضيان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الأقل من  
أجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاصدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعنا  
لما قيل الأقل من الأجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم  
التسمية وجب أجر المثل بالغاماباغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمعنى وفتاوى قاضيان اه كلامه  
(أقول) فيه شيء أما أولا فلا تنقله في قوله والواجب في الاجارة الفاصدة أجر المثل الخ لفظ القدر  
في مختصره ولادلالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله المذكور للعهد لان قوله الاجارة تفسد  
بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر في مختصره قبيل قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الورقين ووقع  
بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاصة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلامعنى لان يجعل  
سياق الكلام على جعل اللام في قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله  
المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح كلام القدوري وأما ثانيا فلا تنقله لو كان اللام في القول المذكور  
للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذكور في باب الاجارة الفاصدة حكم نوع محصور فقط  
من الاجارة الفاصدة وهو ما فسد بالشروط وأن يكون حكم باقي أنواعها وهي ما فسد لجهالة المسمى  
وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند أبي حنيفة مترددا الذي ذكره بالكسبة غير مبين  
أصلا لا في مختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتمدين وهذا مما لا تقبله الفطرة  
السليمة وأما ثالثا فلا تنقله ان اندفع بجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قيل على الوجه الذي ذكره  
برد عليه أن يقال من الاجارة الفاصدة بالشروط ما لا يجب فيه الأقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب  
فيه أجر المثل بالغاماباغ كما اذا استأجر دارا أو حائوتا سنة بمائة درهم على ان يرمها المستأجر فان الواجب  
على المستأجر هناك أجر المثل بالغاماباغ صرح به في فتاوى قاضيان وغيرهما ذكر في النهاية أيضا نقلنا  
عن فتاوى قاضيان الى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتمدين فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب  
في الاجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى \* ثم أقول الحق عندي ان اللام  
في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق أو الجنس وانه لا حاجة الى  
تقييد الحكم المذكور بأنه فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا  
باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام أن الواجب في الاجارة  
الفاصة أجر المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما تصور فيه  
فانه اذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بشيء أصلا لقطع بان  
المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيلغوا أن يقال هناك لا يجاوز المسمى بأجر المثل فصار لمخصر المعنى أن  
الواجب في الاجارة الفاصدة أجر المثل إلا أن يكون هناك مسمى معلوم فينتقل لا يجاوز به المسمى بل  
يجب الأقل منه ما تعلم منه حكم الاجارة الفاصدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغاماباغ ان لم يكن

(ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الآن يسمى جلة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لأن جلة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجح بلا مرجح (والواحد منها معلوم) متيقن (فصح العقد فيه وإذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم أن يكون النقص بمحض الآخر أو لا اختلاف المشايخ فيه ففهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد وبصح (١٧٦) على قول أبي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بخلاف ووجه

ذلك مذكور في المطولات (فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضا (ولم يكن للوَجْر أن يخرج به الى أن ينقض الشهر وكذا كل شهر سكن في أوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله الآن الذي ذكره في الكتاب) أي الغدوري (هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لأن في اعتبار الاول بعض الحرج) واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التي بهل فيها الهلال فكما أهل مضي رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيئ وقتها وكلاهما لا يجوز وذكروا لذلك طرقتا ثلاثة منها أن يقول الذي يريد به الفسخ في خلال الشهر فسخت

قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الآن يسمى جلة شهور معلومة) لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لانهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمي جلة شهور معلومة جاز) لأن المدة صارت معلومة قال (وان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للوَجْر أن يخرج به الى أن ينقض) وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الآن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لأن في اعتبار الاول بعض الحرج قال (وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جاز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره

هناك مسمى معلوم وجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المنزل كما فعلناه كان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية في الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفصل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور) قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا الجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان في أول الشهر الا أن عقدها قد تحققت في الحال بالإيجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في أول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدود المنفعة فقالوا في توجيه تراخي الانعقاد الى حدود المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد ان الانعقاد حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز انفكاكها من معلولاتها فلولم يحز الفسخ قبل أو ان الانعقاد لم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة أيضا به ذرأ وعيب قبل استيفاء المنافع بتمامها فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر اليه مع أنه لا شك في جواز ذلك كما صرح حوايه قاطبة وسيجيء في الكتاب (قوله وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال

العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أعل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا في فكذا فسخه (فان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سمي) بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره

(قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول أي مجهول (قوله ومحصورا ترجح بلا مرجح) أقول فيه مسامحة والمراد في اعتباره ترجح بلا مرجح



في المحيط البرهاني وفي الاصل اذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان أباح خيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر فان سكن يوما أو يومين لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسئلة بعضهم قال أراد بقوله جائز أن الاجارة في الشهر الاول جائزة فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في رأس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لأن الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وانما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير تكبر منكر وانما يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيان أن موضوع الاجارة أن لا تزال الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعلها ملكا للمستأجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر زال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكنها ولا بيعها ولا هبتها أبد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الا أن المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية امكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر وانما اختلفوا لان رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يجز وقته والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة اما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي المدة فسخت الاجارة فبقيت وقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر واذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخي ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله في البيوع اشترى عبد اعلى أنه بالخيار فحم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى أن تزول الحجة في مدة الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للمحال بل يتوقف الى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دنانير فينفذ الفسخ حينئذ كذا ههنا أو يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفذ العقد اذا أهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهم ما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال وانما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضي حق فلان رأس الشهر فقضاء في الليلة التي يهل فيها الهلال أو في يومها لم يحن استحقاقنا الى هذا لفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه (أقول) لقائل أن يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعد عبارة الآية في وضع هذه المسئلة فان محمد رحمه الله قال في الاصل ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر والامام قاضيان قال في فتاواه رجل أجر داره أو حاقوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كل واحد واحد منهما أن ينقض الاجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون نبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني لا قبل ذلك ودلالة ذلك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه وأقول يمكن أن يفسخ نفاذا الفسخ وتأثيره في ذلك الطريقين

لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء (لذا ذكر الشهر منكورا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعتقب السبب) كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه بعدم المزاحم (بخلاف ما اذا قال الله على أن أصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذي يعتقب نذره مالم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء (لان الليالي ليست بمجمل له) توضيحه ان الشروع في الصوم لا يكون (١٧٨) الا برخصة منه وربما لا يقترب ذلك بالسبب (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال)

لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبهه المصنف بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمجمل له (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة) لانها هي الاصل (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام) عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها وله أنه متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحمام) أما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر بالجهالة لاجماع المسلمين قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسنا وأما الحمام فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحمام الاجرة ولانه استجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا

أيضا عند أن ينقضي الشهر الاول وأهل هلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الاول فيجوز أن تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أثر نبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني هذا غاية ما يمكن في توجيه الطريقين المزبورين وان كان ينبوعه ظاهر اللفظ ثم ان الامام الزبلي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث أيضا التعامل الناس من غير تكبير منكرا لأن لكل واحد منهما خيار الفسخ رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث أيضا التعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى (أقول) بل لا معنى لما قاله الزبلي لان التعامل اذا وقع من غير تكبير منكرا فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح لمعارضة الدليل القطعي أصلا فضلا عن أن لا يعتبر القطعي في مقابلته على أنه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هي الجهالة المفضية الى النزاع دون مطاق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء) قال صاحب العناية في تعليقه لذا ذكر الشهر منكورا وتبعه الشارح العيني (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلان المذكور في المسئلة هو السنة دون الشهور وأما ثانيا فلان المذكور في مسئلة النذر بالصوم أيضا من كونه مع أن الجواب مختلف والصواب في تعليل ذلك أن يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما أصلا فان هذا التعليل هو الفارق بين المثلين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمجمل له تبصر (قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) قال صاحب النهاية بضم الباء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول أي يبصر الهلال وقال أراد به اليوم الاول ورد عليه صاحب الغاية حيث قال فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل بقوله أراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل

على بناء المفعول أي يبصر (فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل) في الشهور العربية فهما كان العمل به يمكن لا يصار الى غيره (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف) ثلثمائة وستين يوما (وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف ان الاول بالايام والباقي بالاهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير (لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها) فلا يتعدى الى غيره (ولا يحنيفة أن تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا ونعاه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق) قال صاحب النهاية هذه حواله غير راجحة فان مثل هذا الاختلاف على أن الاشهر كلها عند أبي حنيفة رجحه الله بالايام وعندهم بالباقي بعد الاول والاخير بالاشهر

لم يجر في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق بالاهلة في أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الاول والاخير والمتواسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحمام الخ) استجار الحمام والحمام وأخذ أجرتهما جائزا أما الحمام فلجربان العرف بذلك والقياس عدم الجواز

(قوله لذا ذكر الشهر منكورا) أقول فيه بحث فان النذر أيضا كذلك

للجهالة ولكنه ترك الاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة ولأنه استجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكرهما في الأجرة الفاسدة مع كونه جائزا لأن لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحجام أخذنا بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحجام شر بيت ومنهم من فصل بين حجام الرجال وحجام النساء فذكره اتخاذ الحجام للنساء لأنهن نهين عن البروز وأمرن بالقرار وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبح أجرة الحجام وكرهه كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهم ما رواه الله وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إن من السحت عصب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحجام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء أظهر لأن المرأة تحتاج إلى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الأنهار والحياض تمكن الرجال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حجام الخفة وتأويل ما روى من الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة فأما بعد التسرف لا بأس بالدخول ولا كراهة في (١٧٩) غلته كالأكره في غلة الدور

والحوادث والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه فأنه رجل من الأنصار فقال إن لي ناضحا وحجاما أفأعلف ناضحي من كسبه قال نعم وأناة آخر فقال إن لي عبلا وحجاما أفأطعم عبلي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتسخ الحرمة ولا يجوز أخذ أجرة عصب الفعل أي ضربه (وهو أن يؤجر فلا ينزوع على الأنثى) وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازها وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة

قال ( ولا يجوز أخذ أجرة عصب التيس ) وهو أن يؤجر فعلا لينزوع على الأنثى لقوله عليه الصلاة والسلام إن من السحت عصب التيس والمراد أخذ الأجرة عليه قال ( ولا الاستجار على الأذان والحج وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه ) والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الأجير لأنه استجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أقرؤا القرآن ولأننا كلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عثمان بن أبي العاص وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرًا ولأن القرية منى حصلت وقعت عن العامل وله ذاتا تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كافي الصوم والصلاة

هو أول الليلة الأولى من الشهر انتهى كلامه ( أقول ) نظره ساقط لأن صاحب النهاية قد فسره قوله يهل الهلال بقوله أي يبصر الهلال فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعاً وليس مراده بقوله أراد به اليوم الأول تفسير معنى قوله حين يهل الهلال إذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعاً بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقولهم حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو أول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الأول من الشهر وهذا نظير ما قالوا في المسئلة الأولى لم يرد محججه الله برأس الشهر في قوله لكل واحد منهما أن ينقض الأجرة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المزبور أصلاً ( قوله ولأن القرية منى حصلت وقعت عن العامل الخ ) أقول

والحاجة تدعو إليه فكان جائزا كاستجار الطائر للأرضاء فلنا هو مخالف ( لقوله صلى الله عليه وسلم إن من السحت عصب التيس ) رواه البخاري ( ومراده أخذ الأجرة عليه ولا يجوز الاستجار على الأذان والحج ) وكلامه فيه ظاهر ( قوله على عمل معلوم غير متعين عليه ) إشارة إلى الاحتراز عما لو تعين الشخص للإمامة والافتاء والتعليم فإنه لا يجوز استجاره بالاجماع

قال المصنف ( وهو أن يؤجر فلا ) أقول كأن المصنف يريد أن في الكلام مجازاً حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفعل كما طلاق المرسن وأراد مطلق الأنف ( قوله ولا يجوز أخذ أجرة عصب الفعل أي ضربه ) وهو أن يؤجر فلا ينزوع على الأنثى ( أقول قوله وهو أن يؤجر فلا الخ يدل على أن العصب بمعنى الأكره على ما ذكره أرباب اللغة فلا وجه لتفسير الشارح بقوله أي ضربه ويجوز أن يقال ظاهر إضافة الأجرة إلى العصب يقتضي أن يكون العصب بمعنى الضراب فنقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف ( ومراده أخذ الأجرة عليه ) أقول أي المراد من عصب التيس يعني أن المضاف مقدر وفي الصحاح العصب الكراهة الذي يؤخذ على ضرباب الفعل ونهى عن عصب الفعل تقول عصب فعله بعصبه أي أكرهه وعصب الفعل أيضا ضربه ويقال ماؤه



(وبعض مشايخنا) يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله (استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم) يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستنجار أو عند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل (لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ففي الامتناع تضییع حفظ القرآن) وقالوا انما كره (١٨٠) المتقدمون ذلك لأنه كان للأعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم

من أمر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال أبو عبد الله الخليلي يجوز في زماننا للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الاجرة كره في الذخيرة (ولا يجوز الاستنجار على سائر الملهي لأنه استنجار على المعصية والمعصية لا تسحق بالعقد) فانه لو استحقته لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا إلى الشرع وهو باطل قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك) ولا يجوز أن يؤجر الرجل نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبي حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه أو مجهولا (وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وماله منفعة يرد عليه عقد الاجارة لأنه عقد على المنافع فكان المقتضى موجودا (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم (منتهى لأنه يمكن بالتخليص أو بالتأبؤ فصار كما إذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولا يبي حنيفة

ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ففي الامتناع تضییع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال (ولا يجوز الاستنجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملهي) لأنه استنجار على المعصية والمعصية لا تسحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك) وقالوا اجارة المشاع جائزة (وصورته أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من داره مشتركة من غير الشريك) لهما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم يمكن بالتخليص أو بالتأبؤ فصار كما إذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولا يبي حنيفة أنه أجر مما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز

بنتقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك نشهد هذا الاخبار الواردة في الباب كحديث الخنعمية فانه عليه الصلاة والسلام قال فيه حجى عن أبيك واعتمرى فان ذلك صريح في وقوع القربة عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقريره هذا الدليل ولان القربة متى وقعت يقع ثوابها بالفاء على لا لغيره اه (أقول) يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضا في أول باب الحج عن الغير من أن الاصل ان الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ضحى بكديشين ألمحين أحدهما عن نفسه والاخر عن أمته من أقر بوحدة نبوة الله تعالى وشهد له بالبلاغ فجعل ثواب فضيحة احدي الساتين لأمته اه فليتأمل (قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول فيه بحث لانه ان أريد ان المعلم لا يستقل في التعليم بشئ أصلا فهو ممنوع فان التلقين واللقاء فعلى المعلم وحده لا مدخل فيه للتعليم وانما وظيفة الاخذ والفهم وان أريد ان المعلم أيضا مدخل في ظهور أثر التعليم وفائدته فان المتعلم مالم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهمه مالم يقنه لم يظهر أثر تعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر ولا مانع من أخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعليم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيقول أخذ الاجرة على التعليم الى أخذها على التعلم الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ولو سلم كفي التغاير الاعتباري لنا ان لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فليكن في أخذ الاجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الأمور الدينية ففي الامتناع تضییع حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والدليل الثالث المارين أنفا أن لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي تعليق المنافع بعوض في الاستنجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستنجار في هاتيك الصور وصحة استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتأمل في دفع هذا الاشكال القوي لعله مما

أنه أجر مما لا يقدر على تسليمه) ويمكن توجيهه على وجهين أحدهما أن يكون معارضة وتقديره أجر مما لا يقدر على تسليمه تسكب

(قوله لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا) أقول قوله عقابا مفعول يستحق (قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقديره أجر مما لا يقدر على تسليمه) أقول يعني على تسليمه وحده

(لأن تسليم المشاع وحده) سواء كان محتملا للقسمه كالأرأولا كالعبد (غير متصور) وما لا يتصور تسليمه لا تصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض للدليل الخصم والثاني أن يكون ممانعة وتقرر به لا نسلم انتفاء الممانعة فإنه آجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله (والخلفية) جواب عما قالوا والتسليم ممكن بالخلفية ووجهه أن الخلفية لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا (وهو) أي التمكين هو (الفعل الذي يحصل به التمكين) فكانها اعتبرت علة وهو وسيلة الى التمكين (والتمكين في المشاع غير حاصل) فقات العلول واذا فات الممول لا معتبر بالعله (بخلاف البيع) فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الخش فكان التمكين بالخلفية فيه حاصلا وقوله (وأما التهايو) جواب عن قولهم ما أوبالتهايو وحاصله أن التهايو من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لا تنفأ شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايو لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا وقوله (وبخلاف ما إذا آجر من شريكه) جواب عن قولهم ما انفصار كما إذا آجر من شريكه ووجهه أنه إذا آجر من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ) (١٨١) وفيه نظرا لأنه لو لم يكن فيه شيوخ لجاز الهبة والرهن من

الشريك لكنه لم يجز وأجيب بأن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالتمني شيوخ موصوف ويجوز أن يكون الشيوخ مانعا لحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم أن الشريك والاجنبي فيسه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيسه سواء وأما ههنا فلا ينعقد المعقود عليه وهو المنفعة وانما ينعذر التسليم وذلك لا يوجد

وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور والخلفية اعتبرت تسليم الوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكين ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكين فيه وأما التهايو فأنما يستحق حكما له مقدر بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المترأخي سابقا وبخلاف ما إذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه

تسكب فيه العبرات إلا أن لا يسلم صحة ذلك الدليلين (قوله وأما التهايو فأنما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك الى قوله ولا يعتبر المترأخي سابقا) هذا جواب عن قولهم ما أوبالتهايو وحاصله أن التهايو من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لا تنفأ شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايو لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا كذا في العناية واعتراض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية أما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث فانهم لم يقولوا أن التهايو هو القدرة على التسليم بل يقولون يتحقق التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايو وأما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا وما نحن بصدده منه اه (أقول) كل واحد منهما ماسا فط أما الأول فلا نه كلام خال عن التحصيل لأن ما ذكره ههنا من قبل أبي حنيفة ليس بمعنى على أن يكون مدار ما قاله صاحبه على أن التهايو هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهم لم يقولوا أن التهايو هو القدرة بل قالوا يتحقق التسليم به بل ذلك مبني على أن قولهم ما أوبالتهايو في قولهم ما والتسليم ممكن بالخلفية أو بالتهايو يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهايو فيرد عليه من قبله أن يقال ثبوت التهايو بل ثبوت القدرة على التهايو متأخر عن تحقق العقد لانه أنما يستحق حكما له مقدر بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المقدمة بثبوت

في حق الشريك وقوله (والاختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن على اختلاف مع النسبة لأن الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وينصيب شريكه بالامتياز فيكون الشيوخ موجودا ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر إذا اتحد المقصود على أن يمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كالرهن على هذه الرواية

(قوله وما لا يتصور تسليمه) أقول يعني وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول أي لعدم الانتفاع به على الوجه الذي يقتضيه العقد فلا يردني (قوله وتقرر به لا نسلم انتفاع المانع) أقول فعلى هذا يكون قوله وهذا لأن تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة في السند قال المصنف (وأما التهايو فأنما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول فيه بحث فانهم لم يقولوا أن التهايو هو القدرة على التسليم بل يقولون يتحقق التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايو (قوله لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا) أقول يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا وما نحن بصدده منه (قوله وأجيب بأن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لأنه في الشائع غير متصور الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وبخلاف الشيوخ الطاري) بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فإنه تبقى الاجارة في نصيب الحي شائعا في ظاهر الرواية (لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء) لان القدرة لوجوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق بظاهر الا أن يجعل تعهدا للجواب عن قولهما أو من رجلين لكنه في قوله وبخلاف ما إذا أجر نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل وقوله (وبخلاف ما إذا أجر من رجلين) جواب عن ذلك ووجهه ما قال (ان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ يتفرق الملك فيما بينهما طاري) فان قيل لان التسليم أنه طاري بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أجيب بأن (١٨٢) بقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان

العقد الغير لازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما انحصم بقول لا بقاء للعقد فيها والصواب أن يقال الطريان انما هو وعلى التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه

(قوله ليس له تعلق بظاهر) أقول خبره قوله وقوله وبخلاف الشيوخ الخ (قوله الا أن يجعل تعهدا للجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول الظاهر أنه جواب للمعسى يستدل به الامامان على مدعاهما بجواز الاجارة في صورة الشيوخ الطاري بأن يموت أحد المواجهين بعدما أجر اداراهما من رجل منسلا وان لم يكن مذكورا في تفسير دليلهما في هذا الكتاب الا أنه تطاير كثيرة (قوله وهو فاسد لان العقد الغير لازم هو الذي يكون للبقاء فيه

وبخلاف الشيوخ الطاري لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء وبخلاف ما إذا أجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ يتفرق الملك فيما بينهما طاري

المتأخر وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا غيار عليه أصلا وأما الثاني فلا يشك في جواز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه نبوتنا كما في الاستدلال من الأثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لا محالة اذ لا يشك عاقل في ان ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلف أو بالتأخر أو أن ثبوت العلم بامكان التسليم بالتخلف أو بالتأخر بل معناه ان ثبوت نفس امكان التسليم أي القدرة عليه بالتخلف أو بالتأخر وما نحن بصدده جواب عن قولهما ما ذلك فكان المراد به أيضا ما أريد به هناك (قوله وبخلاف الشيوخ الطاري لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء) قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعلق بظاهر الا أن يجعل تعهدا للجواب عن قولهما أو من رجلين لكن في قوله وبخلاف ما إذا أجر من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل اه كلامه (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال يرد على دليل أبي حنيفة وهو ان الشيوخ الطاري لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك أيضا ولا شك ان لهذا تعلقا بظاهر ما نحن فيه من غير احتياج الى أن يجعل تعهدا للمابعده (قوله وبخلاف ما إذا أجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ يتفرق الملك فيما بينهما طاري) قال تاج الشريعة فان قلت الشيوخ مقارن لا طاري فانها عقد مضاف بعقد ساعة فساعة فكان الطاري كالمقارن قلت بقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا اه كلامه ورد عليه صاحب العناية جوابه حيث قال فان قيل لان التسليم أنه طاري بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أجيب بأن بقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير لازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما انحصم بقول لا بقاء للعقد فيها اه (أقول) كل من أصل رده وعلاوته فاسد أما الاول فلا أن قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجه أو الى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبني عليه رده كما ترى فعنى الجواب ان لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير لازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوخ مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطاري كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوخ الطاري والمقارن من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى

طوى

حكم الابتداء) أقول لعل مراد المجيب أن بقاء الاجارة حكم الابتداء في جعل المعقود عليه الغير المستأجر وقوله لانها عقد لازم يرد ان اقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان ليكون العقد لازما فيكون ذلك العقد باقيا حكما كما في سائر العقود وقوله من وجه يوشى الى ما ذكرنا أيضا فتنبه فلا يرد ما أورده الشارح (قوله كما تقدم في الوكالة) أقول في باب عزل الوكيل (قوله وانما انحصم بقول لا بقاء للعقد فيها) أقول لا معتبر لكلام انحصم بعد قيام الدليل على خلافه (قوله والصواب أن يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد) أقول يوضحه أنه اذا عقد الاجارة مع الرجلين مات أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الاجارة في حق الحي وان كان ذلك حال بقاء العقد



قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبيغ في النوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا الوأرضعته بلبن شاء لا تستحق الاجر

طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجهه ولم يدرك الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال أصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق وأما الثاني فلا نثبت البقاء لعقد الاجارة مما ينازع فيه أحد فان الأصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في إضافة العقد إليها وان العقد وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرعا بقاء العين المستأجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة ف ساعة هو الانعقاد في حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة من كشف بما ذكرهنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطارئ بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بأن أجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة لان الاجارة يتجدد انفسا فادها بحسب حدوث المنافع فكان هذا في معنى الشيوع المقترب بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فأما أصل العقد فنعتقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ ليس نظير المفارن كما في الهبة اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار أيضا فتنبه (قوله ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية اعلم ان القياس بأبي جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم لبشر بلبنها لكن جوزناها استحسانا لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استأجر صبا غاليا صبيغ له النوب فانها جائزة وطريق الجواز أن يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبيغ يدخل فيه تبعا فلم تكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية (أقول) هذا خبر يرد كيك بل محتمل لان المشايخ قد كانوا مختلفين في أن المعقود عليه في استئجار الظئر ما ذاق قال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللبن يقع كالصبيغ في النوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سيأتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فهل ينبغي أن يقال في المسئلة المتفق عليها أن القياس بأبي جوازها لكن جوزناها استحسانا فليذكر في وجه القياس ما يختص بأحد القولين في معنى هاتيك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا ينبغي أن لا يصح على أحد القولين وجه القياس ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس رأسا لا ترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تأمل تقف (قوله لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) قال الشراح يعني بعد الطلاق (أقول) الاولى أن يقال يعني بعد الطلاق والعدة لموافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب العدة

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استئجار الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه واختلاف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن تباع كالصبيغ في النوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تباع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا الوأرضعته بلبن شاء لا تستحق الاجر وبين ما هو المختار عنده بقوله

(قوله يعني بعد الطلاق) أقول يعني بعد الطلاق البائن اذ لا يجوز بعده الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة

والاول أقرب الى الفقه لان عقدا الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كمن استأجر بقرة لبشر لبنيها ووعده ببيان العذر عن الارضاع بلبني شاة وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه شمس الأئمة بعدد وبنه الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص ببنه معلق بأمور ووسائط منها اللبن فجعل (١٨٤) العين المرتبة منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقدا الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع

الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتنبه له بما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فتحن ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعاعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك

والاول أقرب الى الفقه لان عقدا الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة لبشر لبنيها وسنمين العذر عن الارضاع بلبني الشاة ان شاء الله تعالى

الطلاق وهو قوله وان استأجرها وهي زوجته أو معدته لترضع ولدها لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذا لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى (أقول) ليس ذلك بتمام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضا قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المصنف هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبسوطة في رواية انتهى فتدبر (قوله والاول أقرب الى الفقه لان عقدا الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا الخ) القول الاول اختيار صاحب الخيرة والايضاح واختاره المصنف كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض التجار من أن العقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن فتبيع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كالبان الانعام ثم قال والايضاح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الندي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه الامام الكبير شمس الأئمة السرخسي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد أن روى توجيهه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص ببنه معلق بأمور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرتبة منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقدا الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتنبه له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فتحن ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعاعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك الى هنا كلامه (أقول) خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا الاحتمال لانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ولاشك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بأن يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا ألا ترى أن الصبي في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعاعا أنه مما يجوز بيعه قطعاً ثم ان المأرخ العيني ههنا كلمات كثيرة مزخرفة ذكرها تقوية لما ذهب اليه شمس الأئمة السرخسي ورداعلي صاحب العناية ما ذكره في ردع على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبيننا حالها التزامنا الاطباء بلا طائل واكن لاعيننا أن نذكر بذا من أولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية

(قوله وهو تقليد صرف) أقول يعني شمس الأئمة (قوله فجعل العين المرتبة) أقول قوله فجعل مبتدأ وخبره يجيء بعد سطرين وهو قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول اذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية الا أن يقال المراد هو المنافع حقيقة ولكن الخصم من وراء المنع (قوله ولا يتنبه) أقول ناظر الى قوله ان عقدا الاجارة عقد على اتلاف المنافع (قوله دليل

على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول لانه دليل على كونه من المنافع والبيع يرد على الاعيان دون المنافع (قوله والعناية على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة) أقول لان الاعيان لا تستحق به بل الذي يستحق به انما هو المنافع (قوله لانه ليس بظاهر الرواية) أقول ناظر الى قوله ولا يتنبه له (قوله وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك) أقول بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا لظهور أن استحقاقه تبعاعا لا يدل على عدم جواز بيعه كما في الصبيغ

(قوله واذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (صحت اذا كانت (١٨٥) الاجرة معلومة اعتبارا باستئجار عبد

للخدمة مثلا) فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فافائدة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز أن يكون توطئة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الاجارات و بطعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبي حنيفة) لان العادة الجارية بالتوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد ورفع الجهالة بخلاف ما قاله من غيرهما من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تقضى الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله مجعلا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار

(قوله واذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (الخ) أقول واعمل مراد المصنف هو الاشارة الى ما صححه واختاره من الطريق الاول كما يفهم من المقدس عليه فليتنامل (قوله ويجوز أن يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها) أقول يابى عن ذلك قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة فليتنامل قال

واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز) لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ وله أن الجهالة لا تقضى الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تقضى الى المنازعة (وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهاهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني بالاجماع

والعناية قلت قول شمس الأئمة هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان التي تحدث شيئا فشيئا مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يردده والعريضة لمن ياكل ثمرة الشجرة ثم يرددها والمنفعة لمن يشرب لبن الشاة ثم يرددها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلى كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه (أقول) كل ما قاله في الاول والاخر فاسد أما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا أن لا يكون لها بقاء أصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك أن هذا المعنى ليس يتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا ذريعة الاجارة لتلك المنافع بعوض دون تلك الاعيان فان تلك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا أمر مقرر عند الفقهاء فاطبة وما ذكره من التنظيرات والتشبيهات مما لا يجدى شيئا أما صورة العارية فلان العين هناك باقية على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها بالمتن فيه وأما صورتان الاخرتان فلان المعنى فيهما وان كان تعليق العين لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه اذ الكلام في أن عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لان شيئا من العقود لا يرد عليها وأما ما قاله في الاخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكور في مواضع شتى قد صرح به الشراح فاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا في كتاب الاقرار ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمد رحمه الله التي هي الرواية المعتمدة بها جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعا وما الشبهة فيه الا من الغفول على اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسي ما قدمت يداه (قوله واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (أقول) فيه تطراد لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ما يسم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستئجار على الخدمة أي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستئجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصودا لا محالة وفي استئجار الطريق يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبارا أحدهما بالاخر فالحق أن مراده بقوله ما ذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة وأخذ كذا القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فتناسب ذكرهما متصلين بأصل المسئلة وأما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فتناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس فهذه التحقيق ظهر سقوط السؤال

(٣٤ - تكمله سابق) المصنف (وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهاهم) أقول يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض أي للطعام أو المراد بالنسبة هو النعيم أي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصل فتأمل



وفسير قوله فان سمي الطعام دراهم (١٨٦) (بأن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب

النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أي سمي الدراهم المقدرة بمقابلته طعامها ثم أعطى الطعام بأزاء الدراهم المسماة وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدلاً بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلاً إلى ذلك (وهذا) أي جعل الاجرة على هذا الوجه (لا جهالة فيه وكذا الوسمي الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله) أي تأجيل الطعام المسمى اجرة (لأن أوصافها) أي أوصاف الطعام بتأويل الحنطة (أثمان) أي أوصاف أثمان من وجوبه في الذمة إذا كان ديناً والأثمان لا يشترط تأجيلها بخلاف ما إذا كان مسلمانيه لأنه في السلم مبيع وإن كان ديناً فاشترط تأجيله بالسنة

قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وإنما يفهم منه أنه يسمي بدل الطعام دراهم لا غير تأمل (قوله ولكن يحتمل أن يكون معناه سمي الدراهم المقدرة بمقابلته طعامها الخ) أقول بأن يكون المضاف مقدر في كلام الجامع أي سمي بدل الطعام وهكذا ذكر الزيلعي إلا أن التقدير لا بد

ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا لا جهالة فيه (ولو سمي الطعام وبين قدره جازاً أيضاً) لما قلنا ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان

وركا كة الجواب للذين ذكرهم صاحب النهاية بقوله فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل بما فائدة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولاً ثم رجعت إلى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل أن يكون معناه أي سمي الدراهم المقدرة بمقابلته طعامها ثم أعطى الطعام بأزاء الدراهم المسماة انتهى (أقول) ليت شعري كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه في المعنى الذي ذكره المصنف بأنه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن أكثر بعداً من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا أقل من المساواة لانه اذا صير الى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه في ذلك اللفظ أي لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره ان سمي بدل الطعام دراهم كما جعله عليه الامام الزيلعي جازاً ان يفهم منه أول المعنى الذي ذكره المصنف وهو قوله أن يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه أصلاً آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الامام الزيلعي حيث قال لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاماً وانما يفهم منه أنه سمي بدل الطعام دراهم لا غير انتهى وأما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فله اشتراك في الآخر مع المعنى الذي ذكره المصنف وفي أوله تفصيل زائد على ما في أول المعنى الذي ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين في ان فهم البعض الاول منهم من ذلك اللفظ وعدم ان فهم البعض الآخر منهم مأمنه والا كان المعنى الذي ذكره صاحب النهاية أكثر بعداً عن ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا وجه لرد الثاني وقبول الاول وقال صاحب النهاية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدلاً بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلاً إلى ذلك انتهى (أقول) لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقديره لا بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مفعولها ركيك من حيث الاعراب والمعنى فعليكم بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز أن يكون الطعام منصوباً على تزع الخافض أي للطعام أو المراد بالتسمية هو التعيين أي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي تأمل انتهى كلامه (أقول) كلا التوجيهين مجروح أما الاول فلانه قد تقررت في علم النحوي أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن انما يجوز فيما يسمع ثم واستغفرت الله ذنباً أي من ذنب وبغاه الخير أي بغى له وأما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجر حذف الجار من اياك من الاسد اذ لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا تقل اياك الاسد لامتناع تقديره من انتهى وفيما نحن فيه أيضاً لم يسمع فلا يجوز تزع الخافض أي حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المصنف وغيره من النحاة لهذا التوجيه مع ظهوره جرحاً وأما الثاني فلا نه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الأصلي والاي لازم الجمع بين معني التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين أو حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر اذ لا يجوز عموم المشتركة ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف في علم الاصول (قوله ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان) قال كثير من نقات الشراح في شرح قوله أوصافها أي أوصاف الطعام على تأويل الحنطة اه (أقول) فيه نظر اذ لا شك ان المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يسم الحنطة وغيره فكيف يتم تأويل ذلك بانطوائه في مقام الاستدلال على العام

(ويشترط بيان مكان الايقاف) اذا كان له حل وموئنة (عند أبي حنيفة خلا فالحما وقد مر في البيوع) والباقي ظاهر قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجته من وطئها الخ) وطئ المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله وله - إذا كان له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به أي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه طؤرة زوجته أولا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت أبيه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من ادخال صبي الغير في منزله كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غش - بيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبست كان لهم - أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا تفسخ به الاجارة كما لو مرضت (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبي لان العمل) يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي (على الظئر) والباقي ظاهر وقوله (وان أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها لانهم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا الجار وليس بارضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه (فانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل) لا لتفاهلها وللهذا لو أوجر الصبي بلين الظئر في المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللين وقوله (انه اختلاف العمل) يدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو أنه وفي بعضها لانه فان قيل (١٨٧) الظئر أجير خاص أو مشترك

أجيب بأنها أجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فان أوسرق من حل الصبي أو نياه شيء لم يضمن الظئر لانه بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعتها في المدة ألا يرى أنه ليس لها أن تؤثر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الاخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشترا كما فهمت من آخرت نفسها القوم آخرين

(ويشترط بيان مكان الايقاف) عند أبي حنيفة خلا فالحما وقد مر في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير دين في الذمة اذا صار مبيعاً وانما يصير مبيعاً عند الاجل كافي السلم قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجته من وطئها) لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه - إلا أن المستأجر يمنع عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه (فان حبست كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها) لان لبن الحامل يفسد الصبي وله - إذا كان لهم الفسخ اذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لان العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما لانص عليه العرف في مثل هذا الباب فاجرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر أمما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد أن الدهن والربحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة (وان أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها) لانهم تأت بعمل مستحق عليهما وهو الارضاع فان هذا الجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه يختلف العمل

والحق عندى ان مرجع الضمير هو الطعام وتأويل كونه أجرة في مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الاجرة أوصافها أو صاف أثمان فلا يشترط تأجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكر والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله أي تأجيله الطعام المسمى أجرة - سلك في تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالحنطة وقد عرفت حاله (قوله فان هذا الجار وليس بارضاع) في الصحاح الوجور الدواجر في وسط الفم أي يصب تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اه (أقول) لقائل أن يقول اذا كان هذا الجار الارضا فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع

لذلك ولم يعلم الاولون فأرضعت كل واحد منهما ما فرغت أمت وهذه حناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على أنها تختملها فقلنا بأنها تستحق الاجر منهما كالتشبيه بالاجير المشترك وتأنيث ما فعلت نظرا الى الاجير الخاص

(قوله أجيب بأنها أجير خاص الخ) أقول ولعل الاولى في الجواب هو أن يقال ان قدم المستأجر ذكرا المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضي ولدي هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل يكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي (قوله وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجير الخاص) أقول لعل مراد المجيب من دلالة لفظ المبسوط دلالة قوله فان العقد قد ورد على منافعتها الخ وقوله والاجير الخاص أمين فليتامل (قوله وهذا يدل على أنها الى قوله وتأنيث ما فعلت نظرا الى الاجير الخاص) أقول وفي الفصل الثامن والعشرين من اجارات المحيط البرهاني وليس للراعي اذا كان خاصا أن يرعى غنم غيره بأجر فلو أنه أجر نفسه من غيره لعمل الراعي ومضى على ذلك شهر ولم يعلم الاول به فله الاجر كاملا على كل واحد منهما لا يتصدق بشيء الا أنه يأثم انتهى وفي البرازية ليس للواحد ان يرعى غنم غيره فان رعى يجب الاجر كاملا ويأثم ولهذا قالوا الخاص لا يلي أن يؤاجر نفسه من آخر في مدنها ولو أجز من آخر فله الاجرة النسبية أيضا ويطيب له الاجر ولا يتصدق به وان كانت منافع بدنه مشغولة بحق الغير انتهى اذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح

قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بفقير منه فالأجرة فاسدة ) لانه جعل الأجر بهض ما يخرج من عمله فيصير في معنى فقير الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو أن يستأجر ثورا يطحن له حنطة بفقير من دقيقه

هذه المسئلة وان أرضعته في المدة بلين شاة بل الظاهر أن يقول وان أوجرت به بدل وان أرضعته اللهم الا أن يحمل على المشاكلة بلا بسمة مسئلة استئجار الطائر التي وظيفتها الارضاع تأمل فان قيل الطائر أجبر خاص أو أجبر مشترك أجيب بأنها أجبر خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو مرق من حلي الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الطائر شيئا لانها بمنزلة الأجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة لا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والأجير الخاص أمين فيما في يده اهـ ويحتمل أن تكون أجيرا خاصا وان تكون أجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان أجزت الطائر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم ولا يعلم بذلك أهلها الاولون حتى يفسدوا هذه الأجرة فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت وهذه جناية منها ولها الأجر كاملا على الفريقين اهـ وجه الدلالة على احتمالهما انها لو كانت أجيرا وحده من كل وجه لم تستحق الأجر كاملا وأثمت بما صنعت ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحققت الأجر كاملا ولا تأثم فكانت بينهما فقلنا بأنها تستحق الأجر كاملا لشبهها بالأجير المشترك وبأنها تأثم لشبهها بأجير الواحد هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتنى أثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالته لفظ المبسوط على كونها أجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الأجير الخاص لا عينه انتهت (أقول) نظره سافط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها في المدة وتنويره بقوله ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلا منهما يدل قطعاً على انها أجبر خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز إيجار النفس من غير المستأجر من خواص الأجير الخاص وأما قوله بمنزلة الأجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الأجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الأجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الأولى في الجواب أن يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضى ولدي هذا تكون خاصا وان قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعي اهـ (أقول) ليس ذلك الجواب بتمام اذ يرد عليه أن يقال لو كانت الطائر أجيرا خاصا على الثبات فيما اذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحققت الأجر كاملا اذا أجزت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعبرات أيضا وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد بيان استحقاتها الأجر كاملا على الفريقين وهذا لا يشكل اذا قال أبو الصغرة للطائر استأجرتك لترضى ولدي هذا سنة بكذا لان النظر في هذه الصورة أجبر مشترك لان الأب أوقع العقد أولا على العمل انما يشكل فيما اذا قال لها استأجرتك سنة لترضى ولدي هذا بكذا لانها أجبر وحده في هذه الصورة لانه أوقع العقد على المدة أولا وليس لأجير الواحد أن يؤجر نفسه من آخر واذا أجزت لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الاول وتأثم والوجه في ذلك ان أجيرا واحدا في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث انه يمكنه إيفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت أجيرا وحده من كل وجه لم تستحق الأجر كاملا على الاول وتأثم بما صنعت ولو كانت أجيرا مشتركا من كل وجه استحققت الأجر كاملا ولم تأثم فاذا كانت بينهما فقلنا بأنها تستحق الأجر كاملا لشبهها بالأجير المشترك وقلنا بأنها تأثم لشبهها بالأجير الواحد اهـ فقد ظهر ان

قال (ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه الخ) ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالأجرة فاسدة وكذلك اذا استأجر حمارا يحمل طعاما بفقير منه لانه في معنى فقير الطحان في جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن فقير الطحان وهو أن يستأجر ثورا يطحن له حنطة بفقير من دقيقه

(قوله وكذلك اذا استأجر حمارا يحمل طعاما) أقول من قبيل الحذف والايصال



وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومنه لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه (قوله والمعنى فيه) يعني المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو (أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدره غيره) واذا ثبت فساد العقد (١٨٩) كان للمالك أجر مثله لان

صاحب الثوب استوفى منفقته بعد فاسد فكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر) لا المسمى ولا أجر المثل (لان المستأجر

(قوله لانه في معناه من كل وجه) أقول في تقرير الجواب نوع مساحبة والطاهر أن يقول نعم يترك به القياس الآن ما نحن فيه ليس ثابتا بالقياس بل بدلالة النص وهي لا يترك به (قوله ومنه لا يترك بالعرف) أقول سيجيء من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجع ههنا (قوله فان قيل لا يترك بل يخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدره غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر بمجرد تقديم المستأجر كالمدة لا يتم كون الظئر أجير وحده من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر (قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا) قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومنه لا يترك بالعرف اه وقال بعض الفضلاء سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجع اه (أقول) ما سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس بخالف لما ذكره صاحب العناية ههنا فان المصنف بعد ان بين في أوائل كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان الفتوى على قولهم الحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامم بهما والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اه ولا يقتضي ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان بل انما يقتضي أن يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطحان من وجه أي من حيث انها استئجار ببعض ما يخرج من عمل له كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه أي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استئجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجي من المصنف ههنا لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لان فيما نحن فيه قولين أحدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وثانيهما أنه من حيث القياس فيستترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الأئمة الحلواني وأستاذ القاضى الامام أبي على التستبي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومهرج الدراية أيضا ما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي قطعا وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الأئمة الحلواني وأستاذ تاذ فاذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا بأس بها (قوله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر

الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك) أقول الخاق بعض المحمول بقفيز الطحان بالدلالة محل التأمّل وكيف القفيز بعد الطحن شيء آخر حتى يملكه الغاصب ولا كذلك الحمل في المحمول قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال) أقول قال العلامة الزيلعي فيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالعقبة منها بالعقد عندنا سواء كانت عيناً أو ديناً على ما بيناه من قبل فكيف يملكه ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التجهيل

ملك الاجير (الاجرة في الحال بالتجمل) لان تسليم الاجرة يحكم التجمل بوجب الملك في الاجرة (فصار) حاملا طعاما (مشترا كل من استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما) (١٩٠) لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله

بالنصف الاخر تلويح الى مسألة أخرى وهو ما اذا قال احمل هذا الكرا الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن نفسه - سدا الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب اجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكرا والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقوله ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير والظاهر ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام والله ولي الفضل والالهام فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفترضة ملك الاجير الاجرة في الحال بالتجمل والثاني باطل اذ حينئذ يكون مشترك بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزمه يكون باطلا فكذا هذا

ملك الاجير في الحال بالتجمل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه

ملك الاجير في الحال بالتجمل الخ قال الامام الزبيدي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور هكذا قالوا وفيه اشكالان احدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحة منها بالعدة عندنا سواء كانت عينا أو دينا على ما بينا من قبل فكيف ملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التجمل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه اه كلامه (أقول) كل من اشكاليه ساقط أما الاول فلا شبهة لارب ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام كما يفسح عنه قولهم في تعليلها لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتجمل اذ تجمل الاجر انما يكون بتسليمه الى الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من الثقات منهم صاحب النهاية ومراجع الدراية حيث قالان ههنا مسئلتين احدهما ما اذا استأجر رجلا لحمل له كرخطة الى بغداد مثلا بنصفه كانت الاجارة فاسدة ولا جبر أجر مثله ان كان بلغ الى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكرا والثانية ان يستأجره ليعمل له نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا أجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استأجره ليعمل نصف طعامه بالنصف الاخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل اجازات الجامع الكبير اه وأما الثاني فلان المناقاة بين قولهم ملك الاجير في الحال وبين قولهم لا يستحق الاجر ولا يجب الاجر ممنوعة اذ معنى الاول انه يملك الاجير ابتداء بوجوب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتجمل ومعنى الثاني انه لا يستحق الاجر لبطان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجير بالتسليم بسبب ان صار شريكا في الطعام قبل ايفاء شيء من المعقود عليه ولا يذهب عليه انه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منهما يؤدي الى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي حيث قال وأما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استأجره ليعمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فانما سلمه اليه على سبيل التملك لنصف الكرا من قبل ان البدل نصف كره مطلق لان نصف كره محمول الى بغداد فصار بتسليم الكرا اليه مبالاة لاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا في الكرا قبل ايفاء شيء من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلا ابتداء العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر انه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من ذلك الاشكالين الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقوله ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والنقد بكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفترضة ملك الاجير الاجرة في الحال بالتجمل والثاني باطل اذ حينئذ يكون مشترك بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزمه يكون باطلا فكذا هذا

فلينأمل قال المصنف (ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه) أقول فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره أيضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أي هو عامل لنفسه وسبب من الشارح أكل الدين جواب هذا البحث فراجع ونأمل فيه

وقوله (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) متصل بقوله وكذا اذا استأجر جارا يحمل طعاما بقفيز منه (لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن أجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافي الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بالغ عند محمد لان المسمى وهو نصف الخطب (هناك غير معلوم فلم يصح الخط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصف عن ذلك لانه رضى بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب أحدهما وجمع الآخر وأما اذا احتطبا جميعا وجمع ما جعلا فهاشرب كان على السواء قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختام الخ) المختام جمع محتوم وهو الصاع سمي به لانه يخنم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص وإضافة العشرة الى المختام من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختام اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة وقال هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستحجال لا لتعليق العقد به فكانه استأجره للعمل على أن يفرغ منه (١٩١) في أسرع الاوقات والحمل على هذا

عما لا بد منه دفعا لاجتهالة لتصح العقد ولا يحنيفة أن المعقود عليه مجهول لترده بين أمرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكرا العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس أحدهما أولى من الآخر والجهالة المغضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الابتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب

قال (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن أجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافي الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بالغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الخط قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختام من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد في اجارات هو جائز) لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستحجال تصح العقد فترفع الجاهالة وله أن المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكرا العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضى الى المنازعة وعن أبي حنيفة أنه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه لا يظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر منه في الطلاق

فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أي هو كعامل نفسه اه (أقول) هذا البحث غير متمش رأسا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط أما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في ثبوت البحث ههنا توسيع الدائرة بأن يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب وسيأتي تمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى (قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكرا العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجح) أقول لقائل أن يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسألة الراعي على ما صرح حوايه في معتبرات الفتاوى

الاجير أجره نظرا الى الاول وبعينه المستأجر نظرا الى الثاني فأفضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتجمل تحكيم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتجمل وقد يكون لكون المنفعة معلومة وطواب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غد فلك نصف درهم فان أبا حنيفة أجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتجمل وبينها وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبره قفيزا دقيق على أن يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بينهما وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير فيه ما صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التجمل وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز

قال المصنف (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) أقول قال في النهاية نصب قفيزا على قول من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار وهو ضعيف انتهى وفي شرح الرضى أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتأخرين فراجعه قال المصنف (وذكرا العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجح) أقول لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا في مسألة الراعي (قوله وطواب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم) أقول ولا بد من الفرق أيضا بينهما وبين ما قالوا في مسألة الراعي انه اذا جمع المستأجر بين المدة والعمل فلا اعتبار لتقديمهما في كون الاجير خاصا ومشترا كالتسامل



وكذلك بينهما وبين الثانية فان كلمة على في معنى الشرط على ما عرف في موضعه فحيث جعله شرطاً دل على أن مراد التجهيل يؤيده ما روي عن أبي حنيفة وهو المذکور في الكتاب أنه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه للطرف والمطرف ولا يستغرق الطرف كما مر في الطلاق فكانه قال ان عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التجهيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقوداً عليه وتلزم الجهالة قال (ومن استأجر أرضاً على أن يكرها الخ) بين في هذا أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استأجر أرضاً على أن يكرها أو يزرعها أو يسقيها أو يجرها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تنافي الا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط أنه يثنيها أو يكرها أو يسرقها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتنبيه ان كان ردها مكروبة فلا شك في أنه لا يقتضيه لان الزراعة (١٩٣) لا تتوقف عليه وان كان المراد به أن يكرها امرتين فيجب أن يكون هذا في موضع

تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا تخرج الأرض الربيع الا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كرى الانهار فقال بعضهم المراد به الجدول لبقاء منفعته في العام القابل ونفاه المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام

قال (ومن استأجر أرضاً على أن يكرها أو يزرعها أو يسقيها أو يجرها فهو جائز) لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تنافي الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقاً وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد (فان اشترط أن يثنيها أو يكرها أو يسرقها فهو فاسد) لانه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فصير صفقتان في صفقة واحدة وهي منهي عنه ثم قيل المراد بالتنبيه أن يردّها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل أن يكرها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجدول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل قال (وان استأجرها ليزرعها بزرعة أرض أخرى فلا خريفه) وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له أن المنافع بمنزلة الاعيان

بلاذكر خلاف هناك فتأمل (قوله لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو انتهى (أقول) ليس الامر كما زعمه فان قوله لان مؤجر الأرض الخ دليل على قوله وما هذا حاله يوجب الفساد لا على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع (قوله وقيل أن يكرها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربيع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة) قال الشراح انما قيدهم الذين القيد أي بالكراب مرة ويكون المدة سنة لانه

هو والصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل دون الاول (واذا استأجر أرضاً ليزرعها بزرعة أخرى اذا لا يجوز أصلاً وكذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان

(قوله وكذلك بينهما وبين الثانية) أقول في المحيط البرهاني في الفصل السادس من الاجارات وفي آخر اجارات الاصل اذا استأجر الرجل رجلاً كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قمحاً الى الليل فهو فاسد كالمسئلة من غير ذكر خلاف فن مشايخنا من قال بهذه المسئلة ثبت رجوعهما الى قول أبي حنيفة اذ لا يتضح الفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل ومنهم من قال ما ذكر في هذه المسائل قياس قوله وما زاد كرفيما تقدم استحسان على قولهما اذ لا فرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل والله أعلم انتهى وأنت خير بانه لا بد من الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية في الشرح حتى تجوز تلك بالاجماع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التجهيل) أقول لكونه وصفاً مطلوباً قال المصنف (لان مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الاجير) أقول هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو (قوله فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه الخ) أقول وأنت خير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تنافي زراعته الا به (قوله دون الاول) أقول ولئن بقي فكريه من مقتضيات العقد كالكراب بخلاف الانهار العظام

ولهذا جازت الاجارة دين) أى بأجرة هي دين على المؤجر ولولم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك ديناً دين (ولنا) في ذلك طريقان أحدهما (أن الجنس بانفراده يحترم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسبة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهى تقدم في البيوع (والى هذا) أى الى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ما روى ابن سماعه كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك أطلت الفكرة فأصابك الحيرة وجالست الخنا في فكانت منكزلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والخنا اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعه في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليه وفيه بحث من وجهين الاول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني أن النساء انما ينصرون في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ما ليس بموجود بل يحدثان شيئاً فشيئاً وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدمنا على عقد بتأخير المنفعة عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالا لحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالا لحاق ثبت الشبهة لاشبهتها وعن الثاني بأن الذي لم نصحه الباء (١٩٣) يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما نصحه

حتى جازت الاجارة بأجرة دين ولا يصدر ديناً دين ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسبة والى هذا أشار محمد

إذا شرط أن يكرهها مرتين في موضع لا يخرج الأرض الربع إلا بالكرب مرتين أو كانت تخرجها بالكرب مرة إلا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسداً للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فيجوز وعبرة العناية والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وأنت خير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأني زراعة الابنة انتهى (أقول) ليس شئ من شطري كلامه بسديد أما شرطه الاول فلانه اذا كانت الأرض تخرج الربع بالكرب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك أن الكرب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكرب مرة واحدة من غير حاجة الى الكرب مرة أخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته وأما شرطه الثاني فلانه اذا كانت الأرض تخرج الربع بالكرب مرة فهل يقول العاقل لا تتأني الزراعة هناك إلا بالكرب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكرب مرتين في موضع تخرج الأرض الربع بالكرب مرة وكانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فأنما خص صاحب الأرض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلاً للمستأجر لانه لا نفع فيه والا لا يستم التقریب كما لا يخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسبة والى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو ما حكى ابن سماعه كتب

المعقود عليه دون ما نصحه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقيق النساء ويجوز أن نسلط طريقاً آخر وهو أن يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال فسمية غير حاضرة لجواز أن يعتبر بوجودين لان بطلانه قد تقدم

(قوله ولهذا جازت الاجارة دين أى بأجرة هي دين

(٢٥ - تكمله سابع) على المؤجر) أقول بعنى كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجر منه داراً بذلك الدين الذي ذمته (قوله أما علمت أن السكنى بالسكنى) أقول الظاهر أن المضاف مقدراً أى مبادلة السكنى بالسكنى (قوله وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدمنا على عقد بتأخير المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً) أقول الانسب أن يقول بتأخير مقابل المعقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثاني (قوله وعن الثاني بأن الذي لم نصحه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول فيه شئ فانه اذا أقيم العين مقام المنفعة لم تحقق المجانسة للحرمة للنساء اذا لم يجانسة بين العين والمنفعة ووجود الحكمى لوسم يورث شبهة في الاطلاق فتتحقق شبهة الشبهة تأمل وانما قلت لوسم لانه يجزى الى مذهب الشافعى ظاهراً (قوله ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما نصحه لفقدانها) أقول الضمير في قوله لفقدانها ارجع الى قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلط طريقاً آخر الخ) أقول فيه بحث (قوله فان كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول هذا لا يتجه الزام على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلاً وهو جائز بالاجماع فليتأمل (قوله لا يقال فسمية غير حاضرة لجواز أن يعتبر بوجودين) أقول الاظهر أن يقال في تقرير السؤال انما يستقيم ما ذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثاني في عدمها وليس كذلك لجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودهما وانما قلنا ان الاظهر ذلاً لظهور كون الفسمية حاضرة

من بلغ الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكني دار بك في دار فكنت محمد في جوابه انك اطلت الفكرة فأصابك الحيرة وجالست الحناني فكانت منكزلة أما علمت أن السكني بالسكني كبيع القوهي بالقوهي نساء والحناني اسم محدث كان يشكر الحوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكر في عامة شروح هذا الكتاب أيضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل محدثان شيئا فشيئا وأجيب عن الاول بأن ما لم أقدم على عقد يتأخر العقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياط عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة في الاطلاق به تكون شبهة الشبهة وهي ليست بحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة في الاطلاق ثبت الشبهة لاشبهتها وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء بقاء فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق العقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقيق النساء الى هنا كلامه (أقول) في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول انه اذا أقيم العين مقام المنفعة في أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا تحقق المجانسة بين البديلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثاني أن هذا الجواب يناقض الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها التي تتأخر وتحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول مرتباً على الحقيقة والثاني مرتباً على الحكم دون العكس تحكم بل احتمال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحح العقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن ثم قال صاحب العناية ويجوز أن نسلك طريقاً آخر وهو أن يقال المدعي أن هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى (أقول) فيه أيضاً بحث لانه ان أراد بالمعقود عليه الذي رددته ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من التردد ويكون قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح لان ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد اجارة وان كان القياس بأي جوازها الا اننا جوزناه لحاجة الناس اليه فأقننا الدار مثلاً مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليه بالربط الايجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلاً لعقد الاجارة قط وان أراد بذلك ما هو المعقود عليه حكماً وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الاول من التردد ويكون قوله فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تحقق المجانسة بين البديلين كما عرفت فيما مر آنفاً واعترض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا ينجح الزاماً على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكني بالزراعة مثلاً وهو جائز بالاجماع فليتنامل (أقول) هذا في غاية السقوط اذ ليس في مبادلة السكني بالزراعة مبادلة الشيء



(و) الثاني (أن الأجرة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة (بخلاف ماذا  
اختلف جنس المنفعة) كالركوب والبس والزراعة والسكنى (١٩٥) فان قيل اذا اختلف الجنس لزم السكالي

بالسكالي أجيب بأنه يتحقق  
في الدين والمنفعة ليست  
بدن وان قيل انتفى المعقود  
عليه منعناه بقيام العين  
مقام المنفعة فيما لم نصبه  
الباه ثم اذا استوفى أحدهما  
المنافع وجب عليه أجر  
المثل في ظاهر الرأية لانه  
استوفى منفعته بحكم عقد  
فاسد فعليه أجر المثل وروى  
بشر عن أبي يوسف أنه لا شيء  
عليه لانه تقوم المنفعة  
بالتمسك وقد فسدت  
قال (واذا كان الطعام بين  
رجلين الخ) واذا كان  
الطعام بين رجلين فاستأجر  
أحدهما صاحبه أو جار  
صاحبه على أن يحمل  
نصيبه فعمل الطعام كله  
فلا أجر له يعني لا المسمى  
ولا أجر المثل وقال الشافعي  
رجحه الله المسمى لان  
المنفعة عين عنده وبيع  
العين شائعاً جائز وصار كما  
اذا استأجر داراً مشتركة  
بينه وبين غيره لبيع فيه  
الطعام يعني الطعام  
المشترك أو عبداً مشتركاً  
ليخيط الثياب

(قوله يعني الطعام المشترك)

أقول وعندى لا حاجة  
في اتعام الكلام الى جعل  
الطعام مشتركاً فإنه لو كان

ولان الأجرة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ماذا اختلف جنس  
المنفعة قال (واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جار صاحبه على أن يحمل نصيبه  
فعمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جائز  
وصار كما اذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره لبيع فيها الطعام أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب

بجنسه والذي يحرم النساء بانفراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال لان مثل ما قيل فيما نحن فيه  
من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جداً كيف خفي على مثله ثم ان  
الامام الزبلي استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فإنه لو كان  
كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضاً لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على  
المنافع ينقد ساعة فساعة على حسب حدودها على ما ينشأ من القاعدة فقبل وجودها لا ينقد عليها  
العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق ديناً فكيف يتصور فيها التسيئة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير  
مخلص الى هنا كلامه (أقول) كل من وجهي استشكله ساقط أما وجه الاول فلان الدليل المذكور  
لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضاً قوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس  
مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنافع ليست بدنية اذا ثبتت في الذمة  
والمنافع لا تنبت في الذمة صرح بذلك في النهاية بل عامة الشروح وأما وجه الثاني فلان الانعقاد في  
العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدود المنافع الا أن نفس العقد وهو الايجاب  
والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلوماها  
الانعقاد وتأخر المعلول عن العمل الشرعية جائز على ما عرف فمعنى انعقاد عقد الأجرة ساعة فساعة أن  
عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة لا أن نفس العقد يكون ساعة فساعة اذ لا شك أن الايجاب  
والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة واحدة وهذا كله مما تقر في صدر كتاب الأجرة فقبل وجود  
المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا أنه يتحقق نفس العقد في أن يتحقق نفس العقد وهو أن صدوره عن  
المتعاقدين يتحقق التسيئة في المنافع قطعاً فيبطل العقد فيها اذا كان البدل ان منفعة واتحد جنسهما كما  
فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها التسيئة تبصر ترشد (قوله ولان الأجرة جوزت بخلاف  
القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى  
(أقول) للخصم أن يقول لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما هو له من غير  
مبادلة اذ لا يخفى أن كثير من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده  
بسكنى بعضها دون بعض لاختلف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد  
المحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه لحصول حوائجه ومهماته في  
ذلك ولا يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج  
والمهمات هناك اللهم الا أن يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس وكأنه أشير اليه في الكافي  
وغیره بأن يقال والحاجة لا تنس عند اتحاد الجنس وانما تنس عند اختلاف الجنس والكامل من باب  
الفضول والأجرة ما شرعت لا بتغاء الفضول انتهى تأمل تقع (قوله وصار كما اذا استأجر داراً مشتركة بينه  
وبين غيره لبيع فيها الطعام) قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء وعندى

للاستأجر خاصة بتوجه الزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الساتع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي

بل لا يعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاشتراك محل فليتأمل

ولنا انه استأجره لامل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اذا الحمل يقع على معين والشائع ليس معين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اوجب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستحجار لامل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر أصلا وفرق بين هذا واجارة المشاع فانها أيضا فاسدة عنده فان استوفى المنفعة وجب عليه أجر المنزل بان هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذي أوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر وأما هنا فانه متعذر أصلا فلا يجب (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك (لان (١٩٦)

البيع تصرف حكيم) أي شرعي والتصرف في الشائع شائع شرعا كما اذا باع أحد الشريكين نصيبه وقوله (ولان مامن جزء) دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزء الا وهو شريك فيه وكل من حمل شيئا هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق أجر على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقاتل أن يقول لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه وغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة

(قوله أوجب بان حمل الكل حمل معين) أقول في هذا

ولنا انه استأجره لامل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكيم واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان مامن جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم

لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستأجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بان وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى (أقول) ما ذكره في بيان أنه لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان لفظ الالتزام في قوله يتوجه الزام الشافعي اما أن يكون مضافا الى مفعوله أو الى فاعله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره أما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استحجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام مما لا يخالف فيه بيننا وبين الشافعي بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرنا في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما نقرر عندنا وهذا يصير ذلك الزام علينا أيضا وأما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في أن لا يكون النصيب الشائع محلا للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الالتزام علينا من الشافعي أصلا \* ثم أقول الظاهر عندى أيضا انه لا حاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكن لما ذكره ذلك القائل بل لان غشبية استشهد الشافعي بظاهر المسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدارين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استشهد الشافعي بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجرى على الإطلاق يشهد بذلك كونه التامل الصادق (قوله ولنا انه استأجره لامل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) قال في العناية اذا الحمل يقع على معين والشائع ليس معين وقال فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اوجب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقودا عليه لا يجدي شيئا في دفع السؤال لان حاصل السؤال أن حمل الطعام واقع على معين قطعاف كان موجودا وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة ومن جملة الاجراء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الاجر لحمل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا نسك أن عدم كون الكل معقودا عليه لا يفيد شيئا في دفع ذلك وانما يكون مفيدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر بحمل الكل وليس فليس (قوله ولان مامن جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال

الجواب تأمل فانه ظاهر ان النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه فاذا حمل الكل كان هو مجموعا معه صاحب ويكون كاجارة المشاع فان اللازم هنا أيضا تعذر التسليم على الوجه الذي يقتضيه العقد فينبغي أن يحكم بأجر المثل (قوله بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر) أقول هذا ناظر لقوله وفرق بين هذا الخ قال المصنف (ولان مامن جزء يحمله الا وهو شريك فيه) أقول الاظهر مامن قفيز أو مامن حصة لان الجزء ينطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجر على غيره) أقول والالزم العوض والعوض في شخص واحد

وهي تندفع بجهله عاملا لنفسه لمحصل مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا تسلّم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الاجر بخلاف الجمل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما هو وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك تلك منفعة نصيب صاحبه والمالك أمر حكمي يمكن ابقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الجمل لانه فعل حسي فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة كالجمل الطعام المشترك (ومن استأجر أرضا ولم يبين أنها للزراعة أو غيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالأجرة فاسدة) لجهالة المعقود عليه لان الأرض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع (١٩٧) فيها مختلف فنه ما يضر بالأرض أكثر من غيره) كالذرة والارز فان ضررها

بها أكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسدا فلا يتقارب ما نرا ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان لأجرة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزرع في بعض المدة وعرف أنه ضار أو ليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتداءه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا

بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن ابقاعه في الشائع (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالأجرة فاسدة) لان الأرض تستأجر للزراعة وغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فنه ما يضر بالأرض ما يضر به غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما صاحب العناية واقائل أن يقول لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لمحصل مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه (أقول) في الجواب شئ وهو أن قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لمحصل مقصود المستأجر ليس بتمام لانه انما تندفع بجعله عاملا لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر كما أن للمستأجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جهة له عاملا لنفسه فقط لا تقضى حاجته بل انما تقضى حاجة المستأجر فقط والتظاهر ان عقد الاجارة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط بل انما شريع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب للاجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التي شرع عقدا لأجرة لها فلم يتم الجواب وزيف بعض الفضلاء وقوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لمحصل مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا يذهب عليه ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كما لا يخفى (قوله وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن ابقاعه في الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على

وصار كما اذا استأجر الى الدياس مثلا ثم أسقط الاجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكذا اذا باع بشرط الخيار الى أربعة أيام ثم أسقط الرابع وكذا اذا باع بشرط قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر لم يقل بذلك أيضا ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق المبادئ لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرارا لانه ذكر في أول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استئجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيه لان ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة في قوله

(قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لمحصل مقصود المستأجر) أقول كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم أنه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه (قوله والمالك أمر حكمي يمكن ابقاعه في الشائع كما في البيع) أقول الخباطة أمر حسي كيف تتصور من الشائع (قوله ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم) أقول العقد لا يتم بنقض الحاكم بل بنسخ من الاصل (قوله لان كل جزء منه بمنزلة ابتداءه) أقول في دلالة على المدعى تأمل بل فيه نوع مغالطة (قوله لان ذلك وضع القدوري الخ) أقول جواب لقوله لا يقال ذكر هذه المسئلة الخ



(فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا يتقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهة التي ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة (ومن استأجر جارا الى بغداد بدوهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنق في نصف الطريق فلا ضمان عليه)

فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى (ومن استأجر جارا الى بغداد بدوهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمل الناس فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان) الاجارة وان كانت فاسدة العين المسماة: أجرة أمانة في يد المستأجر لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجائز لا حكم الفاسد بنفسه لان مباشرة مأمور بنقصه فلا بد وان يأخذ من الصحيح حكمه

قال المصنف (وفي القياس لا يجوز) أقول قال السكاكي أي لا يجوز العقد أي لا يتقلب جائزا فيجب أجر المثل لا المسمى انتهى وفي شرح الشاهان أي لا يجوز أن يكون له المسمى انتهى فتأمل أنت قال المصنف (وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول) أقول قال في النهاية بأن باع أو أجز إلى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الاجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى وفي شرح الشاهان والدياس انتهى

استئجار العبد المشترك لكن في ظاهره خفاء لان عقد الاجارة تملك المنافع بعوض على ما مر في صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو في عين العبد لا في منافعه لان المنافع مما لا تقبل الشركة على ما نصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه في استئجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور أن يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو تملك العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقديري في حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه أي منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لأفعلا كالحل صح ابقاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى (أقول) فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استئجار العبد المشترك ليخط له الثياب كما مر في الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك في تلك الصورة أجيرا مشتركا لو يكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد أجيرا وحد ذلك ليس بمقيس عليه ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسي كالحل فينبغي ان لا يصح ابقاعه في الشائع كالحل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن ابقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحل لانه فعل حسي انتهى (أقول) فيه أيضا نظر لانه ان كان مدار فرقه على أن المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما يومئ اليه اتمام المنفعة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استئجار العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استئجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة في استئجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن ابقاعه في الشائع كما يشهد به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية وقوله والملك أمر حكمي يمكن ابقاعه في الشائع كما في البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا لان عقد الاجارة تملك المنافع بعوض ففي كل فرد من أفراد الاجارة يملك المستأجر البتة المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي أن يجوز ما نحن فيه أيضا باعتبار ابقاع ملك المنفعة في المشاع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي واستدل على جواز الاجارة فيه أيضا بوجوه منها قياسه على استئجار العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان وقوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استأجر عبد مشتركا كالخياط له الثياب يعني ان المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسبا بخلاف المتنازع فيه لانه أمر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا اه (أقول) مضمونه موافق لما في العناية ففيه ما فيه فتأمل في التوجيه (قوله فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام فان زرعها بعد فاسد العقد للجهالة بتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب

لان العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وان كانت الاجرة فاسدة (فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى)  
استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه) وفي المسئلة الاولى قبل  
أن يزرع (نقضت الاجارة) دفعا للفساد اذا الفساد قائم بعد

### باب ضمان الاجير

الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد اء كلامه (أقول) لا معنى لقوله اذا لم يكن  
ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ما ذكر من انقلاب العقد الى الجواز ووجوب الاجر المسمى انما يتصور  
اذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد وأما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال  
للانقلاب الى الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديد لا محالة والصواب أن يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض  
القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهواً من الناسخ الاول بدل لفظة بعد  
وبدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا (قوله وجه الاستحسان ان  
الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فيقلب جائزا) قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد  
بنقض الحاكم وتبعه الشارح العيني (أقول) لا ينبغي على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم  
علا تقبله الفطرة السليمة فان العقد يفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور أن يتم به وتمام  
الشيء من آثار بقائه واقتضائه والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو  
الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل ويرش عليه قول  
صاحب الكافي في التعليل ولنا أن المعقود عليه صار معلوما قبل مضي الاجل فيرتفع الفساد اهـ هذا  
وقال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل وان ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب  
للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالارض الجواز أن يكون ما زرعها مضر بالارض فتقع بينهما  
المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف  
ينقلب الى الجواز بتحقيق نفي احتمال مفسد للعقد ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا  
بتعيين ماصونا عن الاضرار بأحدهما ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قائم بهما فكذا تعيين  
المعقود عليه ينبغي أن يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي  
قاله صاحب الفوائد بقوله وفي هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء  
المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في  
تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى  
ما في النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء أحد  
النوعين من المنافع اذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك وأما اذا انفرد أحدهما فلا يزول ذلك أصلا وهذا  
مما لا ستره به فالكلام الفصل أنه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستأجر  
في الارض ورضاه بما عمل فيها فلا يوجب الاشكال المذكور وأساوان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا  
بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضى به أولا فلا اشكال المذكور  
وارد جدا غير مندفع بالجواب المزبور قطعا والله سبحانه وتعالى أعلم

### باب ضمان الاجير

لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صححها وفسدها ثم عر في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي  
ترتب على عقد الاجارة فتحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية

(فان بلغ بغداد فله الاجر  
المسمى استحسانا كما مر  
في المسئلة الاولى) وهي  
قوله وجه الاستحسان  
أن الجهالة ارتفعت  
قبل تمام العقد فانه لما  
حل عليه ما يحمله  
الناس من الحمل فقد  
تعين الحمل وارتفعت  
الجهالة المفضية الى النزاع  
فانقلب الى الجواز ووجب  
المسمى (وان اختصما قبل  
أن يحمل عليه وفي المسئلة  
الاولى قبل أن يزرع  
نقضت الاجارة دفعا  
للفساد لانه قائم بعد والله  
سبحانه وتعالى أعلم)

### باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان أنواع  
الاجارة شرع في بيان  
أحكام بعد الاجارة وهي  
الضمان

### باب ضمان الاجير

(قوله شرع في بيان  
أحكام بعد الاجارة وهي  
الضمان) أقول اطلاق  
الاحكام على الضمان اما  
باعتبار كثرة أفراده أو  
المراد وهي الضمان وجودا  
وعدمها

وقال (الاجراء على ضربين الخ) الاجراء جمع اجير وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى قيل وتعرف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعريف دورى لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعارف موقوفة على معرفة المعارف وهو الدور اجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق أن بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمـل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعارف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد (٣٠٠) لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون

تعريفا بالمثال وهو صحيح

قال (الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار)

فقال لماذا كرا أنواع الاجارة الصحيحة والفسادة شرع في ضمان الاجير اه وكل من هذين التقريرين جيد وأما صاحب النهاية فقال لماذا كرا أبواب عقود الاجارة صحيحةا وفسادها ساقط النوبة الى ذكر أحكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اه ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان اه ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريره مما من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقوله ما هي الضمان انتهى فان ضمير هي راجع الى الاحكام ولا ريب ان الضمان حكم واحد لا احكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه الشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفرادها أو المراد وهي الضمان وجودا وعدما اه (أقول) توجيهه الثاني ليس بوجيه لان الضمان وجودا وعدما أيضا لا يصلح تفسير الاحكام فان أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر اه (أقول) فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر اذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مؤاجرا يلزم أن يكون الاجير فعيل بمعنى مفاعل لا بمعنى مفاعل فتأمل ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فعلا بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر يعني به من الزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اه كلامه (أقول) بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان الفاعل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد أيضا وعن هذا قال المحقق الرضى في شرح الكافية وقد جاء فعيل مبالغة مفعول كقوله تعالى عذاب اليم أي مؤلم على رأى وقال وأما الفاعل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للبالغة فلا يعمل اتفاقا اه وقال الامام المطرزي في المغرب وأما الاجير فهو من الجليس والنديم في انه فعيل بمعنى مفاعل اه وهذا كما صرح في خلاف ما زعم فكانه لم يذوق شيئا من العربية (قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اه يعني ان السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار وقال بعض الفضلاء يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان التقديم كل منهما على الآخر جها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة

قال المصنف (الاجراء على ضربين الخ) أقول من قبيل تقسيم الكل الى أجزائه (قوله وهو على نوعين) أقول وانما قال وهو أى الاجير على نوعين لان الاجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك ولزم تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره لكن اللام اذا دخلت الجمع ولا معها ودانصرف الى الجنس هكذا قيل قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ ممنوع فان المقسم هو جميع الاجراء بحيث لا يخرج منه شيء لا ما يطلق عليه لفظ الاجراء مطلقا (قوله والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى) أقول يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان التقديم كل منهما على الآخر جها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة

ههنا

المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما

ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه (قوله وأجيب بأنه قد علم مما سبق الخ) أقول وأنت خير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استئجار على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة قال المصنف (فالمشترك من لا يستحق الاجرة) أقول ظاهره منقوض بالاجير المشترك اذا عمل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة





اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى هنا كلامه (أقول) ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس تمام أما أولا فلا ن معنى باب ضمان الاجير باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا كما أشار اليه نفسه أيضا فيما قبل بقوله أو المراد وهي الضمان وجودا وعدما والأي وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبي حنيفة أصلا اذ لا ضمان عنده على أحد من الاجير المشترك والاجير الخاص وأن لا يصح ذلك عندهما أيضا الا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما سيجتنب به خبرا وهذا مما لا ينبغي أن يرتكب فإذا كان معنى عنوان الباب ما يعم اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك في المشترك وأما ثانيا فلا ن الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتج هناك الى وجه يرجح اختيار أحد الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون مرجح أحد الطرفين هناك نفس الاختيار لا غير كما أشرنا اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد تقر في العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز وانما المحال ترجيح أحدهما من غير مرجح فظهر أن قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه لكنه أمر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب النهاية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤلفه الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هو فلا بد للتعريف أن يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الآن هذا تعريف للخفي عما هو أشهر منه في فهم المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه في باب الاجر متى يستحق فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه (أقول) في الجواب خلل أما أولا فلا ن قوله في أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساد ولا يمكن اصلاحه فإما معنى قوله بعد ذلك الآن هذا تعريف للخفي الخ وأما ثانيا فلا ن كون الاجير المشترك خفيا وما ذكره في التعريف أشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذا سئل عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هو بأنه هو الاجير المشترك وأما ثالثا فلا ن المذكور في باب الاجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم حصروا هناك سبب استحقاق الاجير مطلقا للاجرة في معان ثلاثة هي شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث محتصا بالاجير المشترك لزم أن لا يستحق الاجير الخاص الاجرة أصلا فيما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور في ما سبق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا عما ذكره فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة أخرى حيث قال قيل وتعرف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعارف موقوفة على معرفة المعارف وهو الدور وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تنوقف معرفته على معرفة المعارف اه (أقول) أصل الجواب في الجملة كما ترى

ولكن فيه أيضا خلل لأنه إن أراد بما علم مما سبق في ذلك الباب ما ذكره هناك بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية رد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفاً من أن ذلك حكم عام للأجير الخاص أيضاً فكيف يتم تعريف الأجير المشترك بذلك وإن أراد به ما ذكره هناك بقوله وليس للقصار والخطاط أن يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقريره هذا الجواب قد علم مما سبق أن بعض الأجراء يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريف المطلق الأجير المشترك فتأمل وقال بعض الفضلاء وأنت خير بأن قول المصنف لأن المعقود عليه إنما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال فإنه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استوجر على العمل أو أثره فلا يلزم الدور ولا حاجة إلى الحوالة انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بشيء لأن تعريف الأجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القسودوري وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئاً آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف أيضاً ذكره وحده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسؤال المزبور إنما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئاً يفيد معرفته كيف تصلح كلام من لم يزد ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة وإذا لم يذكر معه شيئاً يحصل به معرفته فإما أن تحتاج معرفته إلى معرفة الأجير المشترك الذي هو المعروف فيلزم الدور أولاً تحتاج إليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة إلى الحوالة نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء ظاهر قوله فالشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالأجير المشترك إذا عمل له الأجر أو شرط التحجيل فيحتاج إلى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الأجر بالنظر إلى كونه أجيراً مع قطع النظر عن الأمور الخارجة انتهى (أقول) إنما يتوهم الانتفاض بذلك ويحتاج إلى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل أن يعمل وأما إذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلاً كما يستحقها الأجير الخاص بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل أصلاً على ما سيجي فلا انتفاض بذلك أصلاً لأن الأجير المشترك إذا لم يقع منه العمل أصلاً لا يستحق الاجرة حتى لو كان أخذها بطريق التحجيل يلزمه ردها على المستأجر وكأنه الإمام الزليعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الأجر حتى يعمل يعني الأجير المشترك لا يستحق الاجرة إلا إذا عمل انتهى فتبصر ثم إن صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين وإذا انضم إلى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفاً بالمثال وهو صحيح ولكن قوله لأن المعقود عليه ينافي ذلك لأن التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفي كونه مفرداً لا يصح التعريف به نظراً والحق أن يقال إنه من التعريفات اللفظية وقوله لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالأجير المشترك لأن المعقود عليه الخ ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركاً إلى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندي أنه يعني قوله لأن المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الأجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لأن قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استوجر على العمل قبله تبطل المساواة وهذا هو مراد المصنف إلا أن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل إلى هنا كلامه (أقول) مدار استخراج ذلك البعض ورأيه في هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف



ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستعمل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف مازعه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليل لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرره ذلك القائل لما صح تقرير بيع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا في تحقيق فيما اذا كان الاجير خاصا يضافوا صح تقرير بيع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجير الخاص أيضا للعامة وليس كذلك قطعا (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه) أقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخريق الثوب من دقة من صور مستلثاتها هذه دون الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر في أواخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يحبس العين للاجر كالحال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقصد تلخيص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيما أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بأن المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس يستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضا في الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عنه كالمصلحة في محل بعينه انتهى نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمل له كما مر هناك أيضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم ثبت أن المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر اه (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية ولم يمتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المصلحة لغير من تبرع له اه وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله

(قوله لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه) أقول قوله الذي صفة لا أثر (قوله لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده) ولم يمتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المصلحة لغير من تبرع له

ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستعمل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف مازعه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليل لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرره ذلك القائل لما صح تقرير بيع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا في تحقيق فيما اذا كان الاجير خاصا يضافوا صح تقرير بيع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجير الخاص أيضا للعامة وليس كذلك قطعا (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه) أقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخريق الثوب من دقة من صور مستلثاتها هذه دون الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر في أواخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يحبس العين للاجر كالحال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقصد تلخيص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيما أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بأن المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس يستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضا في الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عنه كالمصلحة في محل بعينه انتهى نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمل له كما مر هناك أيضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم ثبت أن المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر اه (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية ولم يمتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المصلحة لغير من تبرع له اه وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله

ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم وبخلاف الاجير الواحد على ما ذكره وقوله (وانقطاع الحبل)  
جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فواجه ذكره (٢٠٥) من جملة ما تلف بعمله فانه (من قلة اهتمامه

فكان من صنيعه الا أنه لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم من غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وفوده لان الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمنان العقود لا تتحمل العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي جعله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضوع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) وانما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان كانت تباع هناك (أما الضمان فلما قلنا) انه أجبر مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق التوب بالدق (فان السقوط بالعنار في الطريق أو بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنيعه) ولم يدخل تحت العقد (وأما الخيار) مع أن القياس يقتضي أن لا يخبر عند أبي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي

وبخلاف أجبر الواحد على ما ذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (الا أنه لا يضمن به بني آدم من غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وفوده) لان الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمنان العقود لا تتحمل العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي جعله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضوع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعنار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار

وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لانه يمنع عن التبرع بيان الحكمة عدم التضمن اه (أقول) هذا لا يجدي شيئا لأن صاحب العناية لم ينفذ ولم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة بلغير من تبرع له بل أراد منع بط لانه ذلك الا لازم بناء على التزام جواز ذلك دفع الضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا الحديث جواز كون الحكمة أخص على ان اصحاب العناية أن يقول لا يصلح قسوله لانه يمنع عن التبرع بيان الحكمة عدم التضمن اه (أقول) انما امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمن بل كان الظاهر حينئذ انه هو التضمنين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضررا لغير من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد ملكا آخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستأجر بغير إذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستأجر فلينأمل (قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فواجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز أن يقال هناك أيضا ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحتراز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بأن التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعا لامقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية) قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلا مناهما اذا لم يوجد التعدى اه (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلا مناهما اذا لم يوجد التعدى وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة ولولا التعدى لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيئا كما مر ووجه التعدى فيما نحن فيه على

انكسر لأن المال عنده أمانة في يد الاجير المشترك واذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي جعله منه

أقول الحكم بدار على دليله وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لانه يمنع الخ بيان الحكمة عدم التضمن (قوله وهي لا تقتضي السلامة) أقول قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل

(فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيختار أي الجهتين شيئا فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا أجر له لانه ما استوفى أصلا واذا فسد الفصاد أو بزغ البراغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطف من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ الخ) وانما أعاد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدوري وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويقيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك ويقيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن ووجه ذلك أن الهلاك ليس عقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن لانه أي السراية يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم وما هو كذلك مجبول والاحتراز عن المجبول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلحة من العمل لثلاث تقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه (٣٠٦) يمكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من

رواية الكنايين أن الحجام اذا جسم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت أجيب بأن ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة فان برئ فعليه ضمان كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد أثر جنايته انتقض ضمانه أجيب بأن محمدا قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع

فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا أجر له لانه ما استوفى أصلا قال (واذا فسد الفصاد أو بزغ البراغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطف من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة دائق فنفت أو حجام حطم عبدا بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه) وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلحة من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قد مناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد

ما فهم من الدليل المذكور من قبل أنمتنا هو مخالفة الاجر لاذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح وسيجي من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسئلة الآتية وهو تطير ما نحن فيه في الاحكام (قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان) لانه ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الاجرة وحجامة العبد بأمر المولى حتى انه اذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور في احدهما مذكورا في الاخرى كذا في النهاية ومعراج الدراية وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما ساكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بياناً لما ساكت عنه رواية المختصر فيستفاد مجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اهـ وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن

اللسان وأما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعليين أحدهما أذن فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير مأذون فيه الموضع وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد اتفق لان قطع الحشفة أشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع البدن حزال رقبة أجيب بأن كل واحد يحتمل أن يقع اتلافا وان لا يقع اتلافا والتفاوت غير مضبوط فكان هذا دراجتلا في الخلاف الحرفانه لا يحتمل أن لا يقع اتلافا

(قوله فلانه اذا انكسر في الطريق الخ) أقول تعليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ (قوله وأما في الجامع الى قوله والهلاك) أقول فيه بحث (قوله ويقيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن) أقول لان التخصيص بالدق في الروايات يقيد نفي الحكم عما عداه (قوله ووجه ذلك أن الهلاك ليس عقارن) أقول لا يفتنى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل وانما ذكره لزيادة التوضيح فتأمل قال المصنف (لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها) أقول ذكر الضمير لكونها في تأويل أن مع الفعل والمراد لان السراية وجودا وعدمها يبتنى (قوله حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة) أقول وفي صحة التفريع كلام ثم قوله الحشفة بالحاء المهملة



قال (والاجير الخاص الخ) الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهر الخدمة شخص أولرى غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر (قوله ولهذا) أي ولأن الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقه (يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل) على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فإنه روى عن محمد في خياط خاط نوب رجل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتسليم العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه أن يعيد العمل وهذا لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كأن لم يكن بخلاف (٣٠٧) ما إذا فتقه أجنبي لأنه يفتق الاجنبي

لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلا ولو كان أجيرا خاصا فنقضه استحق الاجر (ولا يضمن ما تلف في يده) بأن سرق منه أو غاب أو غضب (ولا ما تلف من عمله) بأن انكسر القدم في عمله أو تحرق الثوب من دقه إذا لم يتعمد الفساد فان تعمد

ذلك ضمن كالودع إذا تعدى (أما الاول) وهو ما إذا تلف في يده (فلان العين أمانة في يده لحصول القبض بآذنه وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما لأن تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس) فإنه يقبل أعيانا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه (والاجير الواحد لا يقبل العمل) بل يسلم نفسه (فتكون السلامة غالبية فيؤخذ

قال (والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهر الخدمة أولرى الغنم) وانما سمي أجيرا وحده لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال (ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله) أما الاول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بآذنه وهذا ظاهر عند أبي حنيفة وكذا عندهما لأن تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة أموال الناس والاجير الواحد لا يقبل الاعمال فتكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح وبصيرنا ثابما نبه فيه بصير فعله منقولاً اليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم بالصواب

الموضع المعتاد ويفيد أنه إذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلا يبين الاجرة وكون الخجامة بأمر المولى والهلاك ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن اه كلامه (أقول) في بيانه خلل فإنه جعل الهلاك أيضا من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس بسديد إذا لاشك أن مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ان في كل واحد منهما ما نوتنا من البيان مخصوصا به والهلاك مذكور في كل واحد منهما ما غير مخصوص بأحدهما فإنه قال في مختصر القسود في ما عطف من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفتت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما في مختصر القسود في صرح في ذلك بما في الجامع الصغير فإن أهل اللغة فسروا عطف به كمنع (قوله والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل) قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا اه (أقول) لا يذهب على الفطن ان مثل الجواب المذكور هناك عن الايراد على تعريف الاجير المشترك بأنه تعريف دوري لا يتشبه ههنا يظهر ذلك بأدنى توجه وتدبر فكان صاحب النهاية تداركه هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره أضرار كما أنه لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فمأعنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الا أن يصار إلى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة (قوله لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة أموال الناس) فإنه يقبل أعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا

فيه بالقياس وأما الثاني) وهو ما إذا تلف من عمله (فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر) بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف فيها (فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح وبصير المأمور) أي الاجير (نائبنا نبه فيه بصير فعله منقولاً اليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم)

(قوله فعليك بمثله ههنا) أقول فيه بحث (قوله ولو كان أجيرا خاصا فنقضه) أقول يعني نقضه أجنبي (قوله لحصول القبض بآذنه) أقول القبض بالاذن حاصل في المودع بأجر وهو ضامن لما تلف في يده فكان المناسب أن يقول ولا أجر للحفظ الا أنه لم يذكر لظهوره مما سبق (قوله وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها) أقول فيه بحث فإن حكمها بالضمن انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لا يقصر الاجراء في الحفظ والظاهر أن يقال وكذا عندهما لعدم جريان وجهي الاستحسان في أجير الواحد فبقى على القياس

باب الاجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط (٣٠٨) واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال

باب الاجارة على أحد الشرطين

(واذا قال للخطاط ان خطت هذا الثوب فارسيًا فبدرهم وان خطته روميًا فبدرهمين جازواى عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة به) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهرًا بخمسة أو هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء وان خيره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجرا انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم

بأخذ الاما بقدر على حفظه كذا في العنايه أخدام من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمها بالنسيان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لا يقتصر الاجراء في الحفظ انتهى (أقول) هذا البحث ساقط جدا اذا تظاهر أن ما ذكرهنا حكمة حكمها بضمان الاجير المشترك وما ذكره فيما مر في الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافي بينهما أصلا على أنه لو كان ما ذكرهنا أيضا دليلا لا حكمة لم يلزم محذور قط اذا تنافي بين ما ذكرهنا وما ذكره فيما مر ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا اذالك معادليا على الحكم

باب الاجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كذا كروا واما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تقضى الى النزاع في تسليم العين وتسلمه اذا المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الاخر فيحقق النزاع فينبغي أن لا تصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذلك الاستشكال في صورة أن يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بأن يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفوضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا يجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا الجواب بشيء اذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكره في الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تقضى الى النزاع في تسليم العين وتسلمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذا العمل في نحو استئجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتأمل

(واذا قال للخطاط الخ) اذا قال رجل للخطاط ان خطت هذا الثوب فارسيًا فبدرهم وان خطته روميًا فبدرهمين جازواى عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة المسمى له وكذلك اذا كان التعديد بين الصبغين أو الدارين أو الدائنين أو مسافتين وكذلك اذا كان بين ثلاثة أشياء اما اذا كان بين أربعة أشياء فلم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجرا انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال أبو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله

باب الاجارة على أحد الشرطين

(قوله اذا قال رجل للخطاط ان خطت هذا الثوب) أقول فان قيل ليس هذا تعليقا والاجارة لا تقبله قلنا

ليس هذا تعليقا للعقد الاجارة بأمر آخر كأن يقول ان جاء زيد فقد آجرتك داري هكذا وهو الذي لا يقبله العقد أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع) أقول يعني خيار التعيين في

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان في أيهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قبول بديلين على البذل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكرا الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما ما

(٢٠٩)

تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بديلين على البذل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر لزومه عند العمل كما تقدم وله ما أن ذكر اليوم للتوقيت لانه حقيقة فكان قوله ان خطه اليوم فيدرهم مقتضرا على اليوم فيما انقضاء اليوم لا يبق العقد الى الغد بل يتقضى بانقضاء الوقت وذكرا الغد للتعليل أي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليل لكن تقبل الاضافة الى وقت المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة وانا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجمع في كل يوم تسميتان (قوله ولان

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان) قال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البذل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكرا الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان وله ما أن ذكر اليوم للتوقيت وذكرا الغد للتعليل فلا يجمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين

في دفع أصل الاشكال (قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البذل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكرا الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكرا الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بان قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بديلين على سبيل البذل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك البيان والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر لزومه عند العمل كما تقدم انتهى (أقول) فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فينبغي ان يزول الجهالة قطعاً لان العمل المشروط أمر واحد في أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابله بدلان على سبيل البذل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الائمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله وله ما أن ذكر اليوم للتوقيت وذكرا الغد للتعليل فلا يجمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو أن الامامين جعلوا اليوم في مسألة أن يستأجر الخبز اليوم كذا بكذا للتعجيل هر باعن بطلان العمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر الباطل ههنا انتهى (أقول) هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الاماميين انما جعلوا اليوم ههنا على التوقيت ليكون

(٢٧ - تكمله سابع)

التعجيل والتأخير مقصود دليل آخر لهما ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجهل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية

(قوله والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول فيه بحث اذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم فالاولى هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول أنفا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول فيه شيء بل حقيقة التعليل لما كان ان وجوابه ظاهر فانه قال ذكر الغد للاضافة وهي حقيقة ودخول ان بعد التقييد بالغد (قوله فيكون مراده التعجيل) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله آتقان أن ذكر اليوم للتوقيت لانه ليس معنى كلامه أن التعجيل معنى مراد بذكر اليوم بل انه لازم من لوازم معناه فتأمل ويجوز أن يحمل الكلام على الالزام



(ولابي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة) أي للاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أي لتعليق الخط بالتأخير وهو يقبل التأخير وإذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز وإذا كان للاضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم ( ولا يمكن حمل اليوم على حقيقة التي هي التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ) فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجر مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجبر وحدثا متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب

ولابي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل

التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح وانما جعلنا اليوم في مسألة الخبر للتجمل لتحقيق الصارف عن الحقيقة الى المجاز هناك وهو يصح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن وانما أمكن هناك بجعل اليوم للتجمل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما واقداً فصح عما ذكرنا نأج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلنا ذكر اليوم في مسألة خبر الخاتم للتجمل فماله ما لم يجعل كذلك هناك من اطلاق المجاز تصحيح العقد وههنا جعلنا على الحقيقة للتصحيح أيضا ولو عكس الامر في الفصلين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه ( قوله ولابي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ) ومراده بالتعليق الاضافة أي للاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مرادة كذا رأي عامة الشراح حتى قال بعضهم ولهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا للاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق أي لتعليق الخط بالتأخير وهو يقبل التأخير الى هنا كلامه ( أقول ) فيه بحث اذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد مجرد تعليق حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول وبفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد التسمية واحدة هي التسمية الاولى ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فتجوز بذلك المعنى ههنا فساد الدليل أي حنيفة بل لم دعاه أضافا كانه انما أغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال في شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليق أثناء تقرير دليل الامامين المراد من التعليق الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال أوزقول المراد به تعليق حط النصف بالتأخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة انتهى ولكن لا يخفى على الفطن أن تجوز بذلك المعنى أثناء تقرير دليل الامامين لا يستلزم محذور الاستلزامه تجوز أثناء تقرير دليل أبي حنيفة فانهم ما يقولون لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجوز بذلك بخلاف قول أبي حنيفة كما عرفت ( قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ) فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجر مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجبر وحدثا متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي

عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي اللوازم

قال المصنف ( ولابي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت ) أقول قبل اذا تأملت في كلام الهداية أعني قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ليظهر لك ضعف ما ذكره صاحب العناية فان صاحب الهداية جعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقة أعني التوقيت لزوم فساد العقد ومنه يهيم أنه حمل على مجازها وهذا المنطوق اذ القرينة المانعة عن ارادة الحقيقة في صورة تعيين المجاز كافية في الحمل على المجاز على ما عرفت نعم لو جعل المنطوق من أول الامر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه زاده

في الاجر متى خاط في اليوم ونقص متى آخر وهو دليل أن اليوم للتجمل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير ريبه اللوازم ولكن على ما ذكره في الهداية الفرق مشكل على ما لا يخفى وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيد فتأمل وفي كتاب الصرف في مسألة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصاً في شرح ابن الهمام ( قوله لان التسمية الاولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر ) أقول فتأمل كيف اجتمع حينئذ في الغد التسميتان حتى يفسد ( قوله وهو يقبل التأخير ) أقول كان الظاهر أن يقول وهو يقبل التعليق كما لا يخفى ولكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة القمار على ما مر مرارا

ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التعميل (وحيثما تجتمع في العقد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل) ولقائل أن يقول في جعل اليوم للتعميل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان محكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمينات غير معتبرة واستشكل على قول أبي حنيفة بمسئلة الخاتيم (٢١١) فانه جعل فيه اذ كر اليوم للتأقيت وأفسد العقد وههنا للتعميل وصحة

واذا كان كذلك يجتمع في العقد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التعميل كذا في العناية وغيرها (أقول) بشكل هذه المسئلة الراعى فانه يجتمع فيها العمل والوقت ونصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد بل يعتبر الاجير أجيرا مشترا كان وقع ذكر العمل أولا وأجبر وحدان وقع ذكر المدة أولا وصرح بذلك في عامة المعتميات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال هائل على قول أبي حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتعميل هنا حتى أجاز العقد وفي مسئلة الخاتيم جعل ذكر اليوم للتأقيت فأفسد العقد على ما سبق تقريره والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وههنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يبق مثل هذا الدليل ثمه فكان التوقيت مراد افسد العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤالا وجوبا فالحصن ما صاحب العناية فقال بعد ذلك الاشكال والجواب ورد بأن دليل المجاز قائم به وهو تصحيح العقد على تقدير التعميل فيكون مراد انظر الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بوجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى (أقول) بشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة أخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا أجر لك قال محمد في الاماني ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله أجر منه لا يزداد على درهم في قولهم جميعا لان اسقاط الاجر في اليوم الثاني لا ينفى وجوبه في اليوم الاول ونفى التسمية في اليوم الثاني لا ينفى أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد التسمية فيه فوجب أجر المثل انتهى لفظ المحيط فان أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في هاتيك المسئلة ثم أفسده في حالة الانفراد مع أنه لم يبق فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك أن قوله ان خطته غدا فلا أجر لك لا يكون دليلا على عدم ارادته ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفي الاجر بالكسبة في الغد واذا كان التوقيت مراد اذ كان ذكر اليوم في تلك الصورة بشكل الفرق بينهما وبين مسئلة الخاتيم جدد على قول أبي حنيفة فليستأمل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولا بد لابي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعميل وقال ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخطاطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وقال وفيه تأمل انتهى (أقول) لا يتوجه هذا الاستشكل رأسا اذ لا نسلم أن أبا حنيفة جعل ذكر اليوم على التعميل في الصورة المزبورة بل الظاهر أنه على أصله هناك أيضا من أن الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الافراد وان تنبعت

العقد وههنا للتعميل وصحة وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك اذ لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فنعننا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مراد افسد العقد ورد بأن دليل المجاز قائم به وهو تصحيح العقد على تقدير التعميل فيكون مراد انظر الى ظاهر الحال والجواب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بوجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال ونما ذكرنا علم أن قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب أجر المثل ففسد اختلاف الرواية عن أبي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني روى عنه أنه في اليوم الثاني أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري رحمه الله هي الصحيحة

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير) أقول ولا بد لابي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعميل ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخطاطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وفيه تأمل (قوله بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل على المجاز) أقول يعني دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول قوله على الجواز منطبق بقوله زائد

(وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى) واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزداد عليه قال (ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم الخ) ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدا فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطارا فبدرهم وان سكنت فيه حدا فبدرهمين (٣١٣) ولو استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان جل عليها كرشعير فنصف درهم وان جل

عليها كرشطة فبدرهم  
فذلك كله جائز عند أبي حنيفة  
خلافهما وان استأجرها الى  
الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى  
القادسية فبدرهمين فهو  
جائز ويحتمل الخلاف وانما قال  
ذلك لان هذه المسئلة ذكرت  
في الجامع الصغير مطلقا  
فيحتمل أن يكون هذا قول  
الكل ويحتمل أن يكون قول  
أبي حنيفة خاصة كافي نظائرها  
وجه قولهما أن المعقود عليه  
أحد الشئيين وكذلك الأجر  
أحد الشئيين وهو مجهول  
والجهالة الواحدة توجب  
الفساد فكيف الجهالتان فان  
قبل مسئلة الخطاطبة الرومية  
والفارسية فيها جهالة المعقود  
عليه فكانت صحيحة أجاب  
بقوله بخلاف الخطاطبة الرومية  
والفارسية لان الأجر منه يجب  
بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما  
في هذه المسائل فالأجر يجب  
بالتخلى في الدار والدكان  
والتسليم في العبد فتبقى الجهالة  
وهذا الحرف أي قوله يجب  
الأجر بالتخلى والتسليم فتبقى  
الجهالة هو الاصل عندهما

وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى (ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدا فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطارا فبدرهم وان سكنته حدا فبدرهمين) ولو استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان جل عليها كرشعير فنصف درهم وان جل عليها كرشطة فبدرهم (٣١٣) ولو استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان جل عليها كرشعير فنصف درهم وان جل عليها كرشطة فبدرهم

ولا يبي حنيفة أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين يصح كافي مسئلة الرومية والفارسية وهذا أي كونهما مختلفين  
لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد ألا ترى أنه أي اسكانه الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في أخوانها (قوله والاجارة جواب)  
عن قوله يجب الأجر بالتخلى الخ وتقرر به أن الاجارة (تعد لا انتفاع وعنده ترتفع الجهالة) أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به  
(قوله وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول لا يقال كان الواجب في جهالة المسمى أجر المثل بالغامبلغ  
للفرق الظاهر بين الجهالتين فان هنا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر الى لفظ المؤجر (قوله والتسليم في العبد) أقول فيه شيء وكان  
الظاهر أن يقال والتسليم في الدابة



ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به

### باب اجارة العبد

مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم ان يفسد عقد الاجارة منه عند هـ مامع أنه جائز عند  
أصحابنا وفاقا لا عند زفرانتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الاجر وان وجب في الصورة  
المذكورة بالتسليم من غير عمل الا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخية بل لابد في وجوبه من قطع المسافة  
المعينة في ذلك العقد فانهم صرحوا بأنه اذا استأجرتا الى الكوفة فسلما المؤجر وأمسكها المستأجر  
ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها  
وجبت الاجرة انتهى في مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من نيفك  
المسافتين بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل  
الاجرين للتيقن به) يعني ولو احتج الى إيجاب الاجر بمجرد التسليم والتخية والتسليم بأن يسلم العين المستأجرة  
الى المستأجر ولم ينتفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الاجرين للذين سميا في العقد للتيقن به  
(أقول) القائل أن يقول لو جاز الاخذ بأقل في دفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه  
متيقنا لصحت الاجارة فيما اذا سمى لعمل معين أو لمنفعة معينة أجر من متغايين على سبيل البدل كأن  
قال خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم أو قال اسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم ويجب  
أقل الاجرين للذين سماهما ولم يقل به أحد فتأمل في الدفع والله الموفق

### باب اجارة العبد

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحر ثم ع في بيان أحكام تتعلق بالعبد اذا العبد  
منحط الدرجة عن الحر فأنحط ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقتنى أنه كثير من الشراح في ذكر هذا  
الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من أنواع الاجارة وبالرقيق مسائل خاصة  
تتعلق به ذكرها في باب على حدة وأخذ كرها لان الجنس مقدم على النوع وقال هذا ما لا ح لي من  
وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان العبد منحط الدرجة عن الحر فأنحط ذكره عن ذكر الحر  
لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحيوانات والحمام والدواب وذكر  
هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم الباب بباب اجارة العبد كما  
ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة وغيرها وظاهر كلام هذا الشارح بفهم منه ان العبد منحط  
الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له أصلا فلا يصح تصرفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد  
المصنف هذا المبدأ أول الباب باستئجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف أصلا في عقد الاجارة لا أصالة  
ولا نيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة كالأدوية ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن  
الاتوبيع المسائل الى هنا كلامه (أقول) في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقدما على  
النوع لا يقتضي تأخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة أيضا  
بالنوع لا عامة للجنس ألا يرى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة  
وكذا مسائل باب الاجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك من  
المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب  
الاجارة من الاحكام العامة لجنس الاجارة دون غيرها من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا  
يتم التقريب وأما ما أورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد

(ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم والتخية) بأن يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الاجرين للتيقن به)

### باب اجارة العبد

تأخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بالخطاط درجته

### باب اجارة العبد

(قوله تأخير ذكر اجارة العبد) أقول أي نفسه واجارة الغير اياه ذكره استطراد او قد يقدم في الذ كر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل

(ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السـفر تشمل على زيادة مشقة) لا محالة (فلا ينتظمها الاطلاق) واعترض بأن المستأجر في ملكه منافع كالمولى والمولى أن يسافر بعبده فكذلك المستأجر وأجيب بأن المولى إنما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك (٣١٤) ونوقض عن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعى أن

يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد

قال (ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق

بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد أى نفسه وقال واجارة الغير اياه كرت استطرادا وقد يقدم في الذكرا ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل أما أولا فلا أن الاجارة في اللغة اسم للاجرة وهى كراء الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع محيى هذه الكلمة مصادرا فواظب وانما المصـدر من الثلاثى الاجر ومن الزيد عليه الايجار والمؤاجرة فلم يتصور أن يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بأن الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه وأما ثانيا فلا أن المذكور في هذا الباب خمس مسائل تتناول منها متعلقان بايجار العبد نفسه وثلاث منها متعلقان بايجار الغير اياه فعمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه كرت استطرادا مما لا يتقـبل له فطرة سليمة \* ثم أقول في دفع ما أورده صاحب العناية من النظر ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له أثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولا يمكن أن هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذا لاشك ان في كل من تينك الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذى اختاره وبالرفق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة ولا ريب ان اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لان انحطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه آخر الاحكام التى تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لان انحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا في الصورتين معا شاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المصنف هذا المبدأ أول الباب باستئجار العبد الخ اذا مداره على أن لا يجري الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادى عليه تعليقه ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملازمة فتشمل ما كان العبد منه تصرفا في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شئ تأمل ترشد (قوله) ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) فان قيل ان المستأجر في ملك منافع بنزل منزلة المولى في منافع عبده والمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر بأجيره قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر لا يملك رقبته أجيره كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض هذا الجواب عن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعى أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد

(قوله واعترض بأن المستأجر) أقول معارضته (قوله وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد) أقول في الفصل الحادى عشر من المحيط البرهانى واذا استأجر عبدا بالكوفة ليستخدمه ولم يعين مكانا للخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة فان سافر به ضمن هكذا ذكر محمد المسئلة في اجارات الاصل وذكر في صلح الاصل ان من ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة ان له أن يخرج بالعبد الى أهله قال الشيخ الامام الاجل شمس الأئمة الحـلوانى في شرح كتاب الصلح لم يرد بقوله يخرج بالعبد الى أهله أن يسافر به وانما أراد به أن يخرج الى أهله في القرى وأقنية البلد قال وهذا كما قلنا في باب الاجارة من استأجر

عبد الخدمه ليس له أن يسافر به انه أن يخرج الى أهله وأقنية البلد وكان الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسى يفرق بين لان مسئلة الاجارة ومسئلة الصلح وكان يقول في مسئلة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة وحكى عن الفقيه أبى ايهن الحافظ أنه كان يقول لاروايه عن محمد في فصل الاجارة فلما قلنا أن يقول للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كافي الصلح ولما قلنا أن يفرق بينهما وقد عثرنا على الرواية في الاجارة في اجارات الاصل على نحو ما كتبنا انتهى فعلم من ذلك امكان المنع في مسئلة الصلح فتأمل

لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه تقر رحقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بعبده يلزم المؤجر مالم يلتزمه من مؤنة الرد وربما يربو على الاجرة وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعي عليه فالمدعي بالاجرة الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعلن احتاج الى أن يضم الى عتقه وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيداً وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب أن يقال لانسلم أن المستأجر في منافع العبد كالولي فان المولى له المنفعة على (٣١٥) الاطلاق زماناً ومكاناً ونوعاً وليس

واهذا جعل السفر عذراً فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كافي الركوب

لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقر رحقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم المؤجر مالم يلزمه من مؤنة الرد وربما يربو على الاجرة وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعي عليه فالمدعي بالاجرة الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك كذا في العناية أخذاً من النهاية (أقول) لقائل أن يقول يلزم من هذا الجواب أن يفسد المستأجر أن يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به المؤجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد في باب الاجارة يترتب الضرر على المؤجر بالزامه اياه مالم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقاً مالم يشترط ذلك فتأمل وطعن صاحب العناية في الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان المعلن احتاج الى أن يضم الى عتقه وهي قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيداً وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل الصواب أن يقال لانسلم ان المستأجر في منافع العبد كالولي فان المولى له المنفعة على الاطلاق زماناً ومكاناً ونوعاً وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد به مكان وزمان فيجوز أن يتقيد به مالم لا يتقيد به المولى والعرف بوجبه أو دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا بوجبه انتهى كلامه (أقول) فيما استصوبه نظراً لانه ينتقض بمسئلة الصلح اذ لا شك ان المصالح أيضاً لا يملك منافع العبد على الاطلاق كالولي بل هو أيضاً يملكها به عقد ضروري هو عقد الصلح مع ان له أن يسافر بالعبد بخلاف المستأجر فيحتاج الى الفرق (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كافي الركوب) قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً انتهى (أقول) الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل في اطلاق العقد رأساً بناء على انصرف مطلق العقد الى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر ومدار الثاني على ان كل واحدة من خدمتي السفر والحضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا أن الخدمة في الحضر تعينت بقرينة حال حضر العاقد ومكان العقد فبعد تعينها لا يبقى المحال للآخرى كافي الركوب فانه اذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره تعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغيب من ركبته أو لا تعينه للركوب فكذا ههنا ويرشد الى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط والخبرة في تعليل هذه المسئلة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد وربما يربو ذلك على الآخر فيتعين موضع العقد مكاناً لا يستيفاه بدلالة الحال كذا في المبسوط والخبرة

المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد به زمان ومكان فيجوز أن يتقيد به مالم يتقيد به المولى والعرف بوجبه أو دفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا بوجبه (ولهذا جعل السفر عذراً) يعني اذا استأجر غلاماً لخدمته في المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر في قسح الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان عذراً تفصح به الاجارة (قوله فلا بد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق (ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فاذا تعينت الخدمة في الحضر عرفاً لا يبقى غيرها داخلاً كافي الركوب) فانه اذا استأجر دابة ليركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لالتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا

(قوله لان المنفعة في النقل

كانت له) أقول يعني كانت للاجير (قوله وأما في الصلح فؤنة الرد ليست على المدعي عليه) أقول الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها لما أنه ليس عقد أبراسه فهذا الصلح محمول على الاجارة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعي عليه والافا الفرق والجواب أن الفرق واضح فان المدعي عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شئ والتفصيل في النهاية (قوله ويلزمه) أقول أي يلزم الا اجر (قوله وليس المستأجر كذلك) أقول والمصالح أيضاً ليس كذلك (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً



(ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً) فاعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يسترد منه الاجر استحقاقاً وفي القياس له ذلك لانه يقتضي أن لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستأجر غاصباً بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما اذا هلك العبد) فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضاراً على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترد منه) قال (ومن غصب عبداً فاجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبداً فاجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجراً كله لم يضمن عند أبي حنيفة وقالاهو ضامن لانه كل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صحت (٢١٦) على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع والمحجور مأذون في المنافع ولا يبي حنيفة

أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرزان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب إذ العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك أو يد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استملك ولد المصوبة ضمنه ولا احراز فيه أوجب بأنه تابع للام لكونه جزءاً منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة (وان وجد المولى الاجر قائماً بعينه أخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا كان مأذوناً له وهو العاقدر جمع الحقوق اليه فكان له القبض وفائده تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا أجرة العبد المصوب هذا نفسه فان أجرة الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان أجرة المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقدر (ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهو جائز والشهر الاول منهما بأربعة لانه المذكور أولاً لا ينصرف الى ما يلي العقد تحرياً للجواز) وذلك لانه لما قال شهرين بأربعة على سبيل التنكير كان مجهولاً والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحرياً للجواز كما لو قال استأجرته من هذا العبد شهراً وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد (أو نظراً الى تنجز الحاجة)

(ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً أو أعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) وأصله أن الاجارة صحيحة استحساناً اذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضاراً على اعتبار الهلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبداً فاجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجراً كله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالاهو ضامن) لانه كل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرزان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده (وان وجد المولى الاجر قائماً بعينه أخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً) لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهو جائز والشهر الاول منهما بأربعة) لان الشهر المذكور أولاً لا ينصرف الى ما يلي العقد تحرياً للجواز أو نظراً الى تنجز الحاجة

انتهى (قوله ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً أو أعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسئلة ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً فاعمل فأعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل واقتنى أثره صاحب العناية (أقول) فيه شيء وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير يصير بذك الوقت أجيراً خاصاً وقد مر في باب ضمان الاجير أن الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استأجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم فإما في اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذلك المدة نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه اياه من الاجر الا لانه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتماداً على ظهور كونه مراداً فان قلت من زاد قيد فعمل أراد بالعمل تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح اذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام فان العمل بوجهه بدون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقاً وتسليم النفس بوجهه بدون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل واردة تسليم النفس والانصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لان الشهر المذكور أولاً لا ينصرف الى ما يلي العقد تحرياً للجواز أو نظراً الى تنجز الحاجة) قال تاج الشريعة فان قلت

وفائده تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا أجرة العبد المصوب هذا نفسه فان أجرة الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان أجرة المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقدر (ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهو جائز والشهر الاول منهما بأربعة لانه المذكور أولاً لا ينصرف الى ما يلي العقد تحرياً للجواز) وذلك لانه لما قال شهرين بأربعة على سبيل التنكير كان مجهولاً والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحرياً للجواز كما لو قال استأجرته من هذا العبد شهراً وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد (أو نظراً الى تنجز الحاجة)

(قوله أوجب بأنه تابع للام لكونه جزءاً منها وهي محرزة) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله الا أن من أن العبد لا يحجز نفسه لان عدم احرازه لنفسه لا ينافي كونه محرزاً في حق المالك

فإن الإنسان انما يستأجر الشيء لحاجة تدعو الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر مجهول والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة (قوله ومن استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرين بخمسة فبترجح بمحكم الحال فانه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر وبسحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وايسر بناءه (٢١٧) لان المصنف أشار الى دفعه بقوله

وهو يصلح من جحان لم يصلح حجة في نفسه وبيانه أن الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه في المدة ولكن تعارض كلامهما في اعراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحاً لكلام المؤجر لا موجباً للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة والله أعلم

(قوله قبل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر الخ) أقول فيه بحث فان المصنف انما يستدل بتنكير شهرين لا بتنكير شهرين فلامساس لهذا السؤال ظاهراً ويجوز أن يقال قوله شهرين وشهرين تفصيل للشهرين بلفظ التنكير فانه هذا الاعتبار لكن لا يخفى عليك انه لو ذكر المستأجر لفظ معرفة كافي الكتاب فجواب الكتاب أيضاً ما ذكر (قوله وأجيب

فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة (ومن استأجر عبداً شهرين بأربعة وشهرين بخمسة فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مرض فقال المستأجر آبق أو مرض حين أخذه وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر وان جابه وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لانهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بمحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح من جحان لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

هذا التعليل انما يستقيم اذا نكر الشهر وهما عرف بقوله هذين قلنا رأيت في المبسوط والجامع الصغير للعتابي وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل في كل واحد منها استأجر عبداً شهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة ويحتمل أن يحمل قوله هذين على ما اذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة فقال المستأجر استأجر منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب المؤجر فينتفي التنكير فصلح التعليل بتبني الحاجة لاثبات التعيين الى هنا كلامه واقتنى أثره صائب الكفاية في نسج هذا المقام على هذا المنوال ولكن بنوع تغيير تحريري في أوائل المقال وقال صاحب العناية قبل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر مجهول والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة انتهى كلامه (أقول) لا الشبهة شيء ولا الجواب أما الشبهة فلان التعليل المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين بصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضي أن يتعين الاول منه ما بأربعة والثاني بخمسة لاحتمال أن يكون الأمر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما ما وجاهة ما فاحتج الى الاستدلال على كون الاول منهما بأربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلاً وأما الجواب فلانه لو كان المذكور في الكتاب قول المستأجر لما صح تنكير عبداً في قوله ومن استأجر عبداً هذين الشهرين بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لان بذلك يعلم أن الذي استأجره هو العبد الذي آجره المؤجر جرمنه على أن كون اللام في قول المستأجر للعهد انما يتصور فيما اذا كان كلام المؤجر مقيداً على كلام المستأجر في العقد وليس ذلك بالازم فان أيا من المتعاقدين تكلم أولاً لا يصير كلامه ايجاباً فاذا قبل الآخر الزم العقد فعمل المذكور في الكتاب على قول المستأجر لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسئلة

(٢٨ - نكته سابع) (بأن المذكور) أقول المجيب هو الامام جليل الدين الضرير في حواشيه على الهداية ثم

قال مولانا ظهير الدين وقد رأيت كثيراً من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير للعتابي والاسي جابي والمعين في الفقه أنه لم يتعرض لقوله هذين بل فيه اذا استأجر عبداً شهرين بأربعة وشهرين بخمسة فقال مولانا تأملت فلم أجده مخلصاً سوى هذا انتهى ويقول الضعيف مستعينا بالله يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفة فانظر الى تعيينه المائل حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل

باب الاختلاف في الاجارة

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله فباع وقال الخياط بل قيسا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب) لان الاذن يستفاد من جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا أنكر صفته لكن يحلف لانه أنكر شيئا لو أقربه لزمه قال (واذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار ان شاء ضمنه

على الاطلاق فيلزم تخصيص مسألة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه \* ثم أقول لعل المصنف انما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكير ذلك وتعريفه بيان عند تنكير شهر في شهرا بأربعة وشهرا بخمسة لما بيناه في رد الشبهة آنفا وقال بعض الفضلاء يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرف فانظر الى تعينه الماء الى حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى (أقول) ليس هذا بشئ أيضا اذا لا يذهب عليه أن قوله شهرا بأربعة وشهرا بخمسة من كلام المستأجر وأنه تفصيل للشهرين فلو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المحمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستأجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل \* ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الاجير عبدا بل هو متمش في صورة أن كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور في الكتاب فوجه ذلك هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب أن يذكر فيه ماله اختصاص بالعبد من الاحكام والافكثير من الاحكام المذكورة في الابواب السابقة مشتركة بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا أكثر من كونه حرا فبني الامر على الأكثر اذ لا نسلم ان ذلك أكثر بل الظاهر أن كون الاجير حرا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة لانفاق نفسه وعياله وأيضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر مسائل الاجير أيضا في هذا الباب والله الموفق للصواب

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع اذا اختلف انما يكون بعرض (قوله واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار) يعني به ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة في مسألة ومن دفع الى خياط ثوبا بخبطة قيسا بدرهم فخاطه قيسا كذا في الشروح واعترض بأن المتعاقدين كانا هناك متفقين على أن المأمور به خبطة القيص والاجر خاف فخاط قيسا وههنا قد اختلفا في أصل المأمور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب وأجيب بأنه اختلفت صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الاخر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقد بد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ذلك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا بالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلا نسلم انهما اذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدي مقرر عندهما فيجب الضمان قطعاً وأما اذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الاجير

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ عن ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون لعرض قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) ان اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع المنة فود عليه كالقباء والقيص في الخياطة أو الحرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا رجعهم الله لانه لو أنكر أصل الاذن كان القول له فكذا اذا أنكر صفته لكن بعد اليقين لانه أنكر ما لو أقربه لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه

باب الاختلاف في الاجارة

قال المصنف (لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أقول في الشرح الشاهاني أي لو أنكر عقد الاجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب انتهى وفيه بحث



وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما هو قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا بخطه قبضه منهم فخطه قبضه واعترض بأن هناك اتفاق المتعاقدان على المأمور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك وأجيب بأنهما انتهيا لانه لانه لا يجر هذا الحكم ههنا بدعي صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق في الخلاف الا اعتبارا فكتا في الحكم في الانتهاء - واهود كرفي بعض نسخ الف - دورى يضمه أي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى أعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية أعني قوله يضمه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه الظاهر - وهو الاصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ - منزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشترى بالصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول (٢١٩) لصاحب الثوب عند أبي حنيفة

لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف ان كان الرجل حر يقاله أي خليطا له وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما بأجر يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما وقال محمدان كان الصانع معروفا فله الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الخافوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لانه منكر وما ذكره من الاستحسان مدفوع

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يجزى في مثله الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف ان كان الرجل حر يقاله) أي خليطاه (فله الاجر والا فلا) لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما (وقال محمدان كان الصانع معروفا فله الصنعة بالاجرة فالقول قوله) لانه لما فتح الخافوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهم ما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله أعلم

#### باب فسخ الاجارة

ففي وجوب الضمان علب نوع خفاء فكيف يصح أن يقال اذا كان الحكم ذلك أي الضمان اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا وأما ثانيا فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما مر من قبل والمفهوم منه هو الانحاد في الحكم لا التشبيه فامعنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهلا هو لغو هنا (قوله والجواب عن استحسانهم ما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق) يعني ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كإخبار الآحاد انتهى (أقول) المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع وأما إخبار الآحاد فمبطل عما نحن فيه فانها من الأدلة اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الأصول والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

#### باب فسخ الاجارة

بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع

#### باب فسخ الاجارة

تاخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذا فسخ بعقب العقد لا محالة

(قوله واعترض بأن هناك اتفاق المتعاقدان الخ) أقول ولاك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ودليل المسئلتين ما سيجي في الغصب من رعاية حق الجانبين قال المصنف (وقال محمدان كان الصانع معروفا الخ) أقول قال الزبلي والفتوى على قول محمد انتهى وما في النهاية والنكابة وغاية البيان قال شيخ الاسلام وعليه الفتوى وما في شرح الشاهان والفتوى على قول محمد انتهى ذكره جدي الشيخ الامام المحجوبى سني الله تراه في شرح الجامع الصغير (قوله وما ذكره من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر الخ) أقول فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كإخبار الآحاد

#### باب فسخ الاجارة

قال (ومن استأجر داراً) ففسخ الاجارة لعيبوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافاً للشافعي فاذا استأجر داراً (فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) وكذا اذا استأجر عبداً للخدمة فذهبت كلتا عيبيه وأما اذا كان عيباً لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجاً اليه في السكنى أو ذهبت إحدى عيبي العبد فلا فسخ له (قوله لان المعقود عليه) دليل على ذلك ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئاً فشيئاً وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حاداً قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حاداً بعد قبض المستأجر أو قبله لان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقدرضى بالعيب فيلزمه جميع البديل كما في البيع فان المشتري اذا رضى بالمبيع المبيع ليس له الرد بعد ذلك وكذا اذا أزال المؤجر ما به من العيب لا خيار للمستأجر لزوال سببه (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرعي انفسخت الاجارة) وهذا قول بعض (٢٢٠) أصحابنا وصح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت

الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً فيه إشارة الى أن عقد الاجارة يفسخ بانهدام الدار لانه لو لم يفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان المعقود عليه قد فأت وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا يفسخ (وصح النقل بما روى هشام عن محمد بن استأجر داراً فانهم قد فأت المؤجر ليس للمستأجر أن يمنع ولا للمؤجر وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ)

قال (ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حاداً قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقدرضى بالعيب فيلزمه جميع البديل كما في البيع وان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال (واذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرعي انفسخت الاجارة) لان المعقود عليه قد فأت وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا يفسخ لان المنافع قد فأت على وجه يتصور عودها فأشبهه الا باق في البيع قبل القبض وعن محمد أن الأجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمنع ولا للأجر وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرعي والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته) لانه جزء من المعقود عليه قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة له أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز

ذكر باب الفسخ آخر الان ففسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فتناسب ذكره آخر (قوله واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة له أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (قال في العناية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً بانتقال المالك المورث الى الوارث انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه قد مر في أول باب الأجر متى يستحق أن الاجرة تملك بأحد معان ثلاثة اما بشرط التجهيل أو بالتجهيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الاوليين فيما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال المالك المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حياته بتجهيل الاجرة أو بشرط تجهيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق

واستدل على ذلك بأن المنافع فأتت على وجه يتصور عودها فأشبهه باق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرعي والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه) أورده استشهاده على أنه لا يفسخ بانقطاع الماء قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة له أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً بانتقال المالك المورث الى الوارث

(قوله لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة له الخ) أقول قوله به زائد لا طائل تحته بل محل فان المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر ولعله زيادة من الناسخ ويجوز أن يقال اللام متعلق بمسحقة لا بالمملوكة وقوله لانه ينتقل مبنى على الفرض والتقدير والمعنى لو بقي العقد يلزم أن تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالقد لقيام العقد وبقيائه مستحقة لغير العاقد بالعقد ثم أقول المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد والوارث المستأجر

وأما إذا عقد هالغيره كولو كبل والوصى والمتولى في الوقف ( لم تنفسخ لانه دام ما أثرنا اليه ) وهو - برودة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لايجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونوقض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فبات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للاستأجر أن يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقدمت أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد وأجيب بأن ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المفاضة ولا يكون له فاض يرفع الامر اليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجدته دابة أخرى يحمل عليه امتاءه ( ٢٣١ ) تنقض الاجارة وكذا الوصيات في موضع فيه

قاض تنقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤجر واذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتطهير الحياض والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل فانه تنفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وابدس بلازم فان اذ قلنا ان كلاما مان العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو أن المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذ مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الاجرة المملوكة لغير من عقده مستحقة بالعقد موجود فيه فالفسخ لاجله قال ( وبصح شرط الخيار في الاجارة ) اذا استأجر دارا سنة على أنه أو المؤجر

( وان عقد هالغيره لم تنفسخ ) مثل الوكيل والوصى والمتولى في الوقف لانه دام ما أثرنا اليه من المعنى قال ( وبصح شرط الخيار في الاجارة ) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكاله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط

الاجرة والاطهر في تعليل هذه المسئلة أن يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعلته مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية تفلان عن المبسوط حيث قال فيها ولنا طريقتان أحدهما في موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبته الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما أن الاجارة تحدث في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العدة في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى أن المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعدها لم تكن مملوكة له لئلا يخلفه الوارث فيها فمالك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظ النهاية ( قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكاله لو كان الخيار له لغوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ) أقول في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم أن الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة والدليل المزبور لا يتشبه في النوع الاول أصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكاله وعدم امكان تسليمه أيضا على الكمال انما ينشأ من أن يتلف شيء من المعقود عليه بمعنى مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يتشبه في بعض من النوع الثاني وهو ما لا يتعين من المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو

فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا ( وفي أحد قول الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للاستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكاله لفوات بعضه وان كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار ) وهذا بناء على أصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالأعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ( ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة ) فانه لما كان عقدا معاملة يحتاج الى التروى لئلا يقع فيه الغبن ( وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب ) كما تقدم ( فكذا بخيار الشرط ) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار فيها لا يصح



وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض العقود عليه (وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها) لان التكليف انما يكون بحسب الوسع (ولهذا) أي ولان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة (يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة) لان التسليم بأكمله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي قال في المبسوط اذا استأجر دار سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تخا كالميسر للمستأجر أن يمنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للمؤجر أن يمنعه (٢٣٢) عن ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي

بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار) عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حذا اذا ليقطع ضرره لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طبيا خالط بجلده طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة) لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر كذا في السوق ليخبر فيه فذهب ماله وكذا من أجرد كذا أو دارا ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بئس ما أجبر ففسخ القاضي العقد وباعها في الديون) لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله ففسخ القاضي العقد اشارة الى أنه يفتقر الى قضاء القاضي في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

بركها مسافة مماها وانما ينشئ ذلك فيما ينشئ المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصرا عن افادة ما ادعاه الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا فليتنامل (قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به الخ) قال ابن العزاقول بفسخ الاجارة بالاعذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا اجماع ولا قول صحابي بل بعذر الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظرا فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث في عقود الاجارات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك وجمهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر وان كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو كثر من يقطع ضرره فبرأ وانقلع قبل قلعه أو اكثري كماله ليعمل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يفسد عليه ما هو دونه الى هنا كلامه (أقول) نظره ساقط جدا اذا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الاجارة بالاعذار أن لا يصح القول بذلك فان القياس أحد الأدلة الشرعية الاربعة على ما تقر في علم الاصول فيمكن تحقيق ذلك في اثبات حكم شرعي وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به وبين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا بتحمل

بين ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فانافات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخبر فيما بقي لاتحاد الصفة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك ثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر بيان فرع آخر لنا الاستشهاد حيث لم يكن الخصم قائما لا به قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا) تفسخ الاجارة بالاعذار عندنا (وعند الشافعي لا تفسخ الا بالعيب) بناء على ما مر ههنا (لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها) فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر فكذا الاجارة ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به) كالبيع (اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع

الاجارة والبيع جميعا وهو) أي المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضي في موجب العقد لا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعي محجوج بما اذا استأجر رجلا ليقطع ضرره لوجع ثم زال الوجع أو استأجر انسا فالبعض وليلة العرس فماتت العروس أو استأجر رجلا ليقطع يده لا كلمة وقعت بها ثم برأت فانه لا يجبر المستأجر على قلع الضرر وانما اذا الولية وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال (ثم قوله) أي قول القدوري في المختصر (فسخ القاضي اشارة الى الافتقار اليه في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

(قوله ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان الخ) أقول نفسها بدون اقامة الدار مقامها مثلا

قال في الجامع الصغير وكل ما ذكرناه عذر فان الاجارة فيه تنقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي (وذكر في وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي) وفيه ما مر غير مرة وصحح شمس الاثمة السرخسي ما ذكر في الزيادات (وصحح قاضيان والمحبوبي قول من وقف فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لكونه ظاهرا (وان كان غير ظاهرا) كالدين (يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لان يظهر العذر (قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر) أي ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلا مواضع بينها (قوله ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر) (٢٢٣) هو لفظ أصل الجامع الصغير لكن

هل له أن يبيع بعدما أجر  
اختلفت ألفاظ الروايات  
وقال شمس الاثمة الصحيح  
من الرواية ان البيع  
موقوف على سقوط حق  
المستأجر وليس للمستأجر  
أن يفسخ البيع واليه مال  
الصدر الشهيد وقوله  
(أما الذي يخطب بأجر فرأس  
ماله الخيط والخيط  
والمقراض فلا يتحقق فيه  
الافلاس) قيل وقد يتحقق  
افلاسه بأن تظهر خبائثته  
عند الناس فيمنعون  
عن تسليم الثياب اليه أو  
يلحقه ديون كثيرة  
ويصير بحيث ان الناس  
لا يأمنونه على أمنعتهم  
(قوله ومن استأجر غلاما  
يخدمه في المصر ثم سافر  
فهو عذر) قيل فان قال  
المؤجر انه لا يريد السفر  
ولكنه يريد فسخ الاجارة  
وأصر المستأجر على دعوى  
السفر فالقاضي يسأله عن  
يسافر معه فان قال فلان  
وفلان قال القاضي بسألهم  
ان فلانا هل يخرج معكم

وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرناه عذر فان الاجارة فيه تنقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهرا كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو لطلب غيره فحضر أو للتجارة فافتقر (وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه أن يبعده ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجبره (ولو مرض المؤجر ففقد فكذا الجواب) على رواية الأصل وروى الكرخي عن أبي حنيفة أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرره فيه مدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر) لانه لا يلزمه الضرر بالمضى على موجب عقد وانما يقو به الاسترباح وانه أمر زائد (واذا استأجر الخياط غلاما فافلاس وترك العمل فهو العذر) لانه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه أما الذي يخطب بأجر فرأس ماله الخيط والخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان أراد ترك الخياطة وان يعمل في الصراف فليس بعذر) لانه يمكنه أن يبعده الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصراف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر دابة للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الأصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان فأمكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمته السفر أشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا (وكذا اذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالخصر بخلاف ما اذا أجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذا المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من العقود عليه بعد دغيته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر والزام الجريدون السكنى وذلك نمر

ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لو ورد نص يدل على خلاف ذلك أو انعقاد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منه ما قيسنا فيه وكون عقد الاجارة عقد الاثما وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقدح أصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد أن لا يتقبل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما ثبتت به في ترويج نظره هنا أضعف من بيت العنكبوت ثم ان ما ذكره كله منقوض بما عترف به من ان العذر الكامل معتبر فانه لم يرد في ذلك العذر أيضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء فالمدار في ذلك أيضا هو القياس

أولا فان قالوا نعم ثبت العذر والافلا وقيل ينظر القاضي الزية ونيايه فان كانت نيايه ثياب السفر يجعله مسافرا والافلا وقيل اذا أنكر المؤجر السفر فاقول قوله وقيل يحلف القاضي المستأجر بالله انك عذمت على السفر

(قوله وفيه ما مر غير مرة) أقول من أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى أئمتنا ما قالوا من جواب المسئلة على خلافه وجوابه جل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتفائه غير مسلمة قال المصنف (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله الخ) أقول فاعل بدا مضمر والمعنى بدله رأى أي ظهر له رأى يمنعه من السفر

﴿ مسائل منشورة ﴾

معنى المسائل المنشورة قد تقدم وحصد الزرع أي جذه والخصائد جمع حصيد وحصيده وهما الزرع المحصود والمراد بهما ما يبق من أصول القصب المحصود في الأرض ومعناه ظاهر وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة قال في النهاية بالنون من هـ دن أي سكن وفي نسخة هادئة من هـ دن بالهمز أي سكن وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادئة والمطرربة اختيار شمس الأئمة السرخسي (قوله وإذا أقعد الخياط الخ) يعني إذا كان الخياط أو الصباغ معروفاً وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد في د كانه رجلاً حاذقاً ليتقبل صاحب الد كان العمل من الناس (٢٢٤) ويعمل الحاذق وجعل ما يحصل من الأجرة بينهم أنصفين جازاً استحساناً وفي القياس

﴿ مسائل منشورة ﴾

قال (ومن استأجر أرضاً واستعارها فأحرق الخصائد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لانه غير متعدي في هذا التسبب فأشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت أما إذا كانت مضطربة تضمن لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه قال (وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حافوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

﴿ مسائل منشورة ﴾

أي مسائل نثرت عن أما كتماوذ كرت هناتلاف المافات (قوله وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حافوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة إذا كان الخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلاً حاذقاً ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصاب من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لأن رأس مال صاحب الد كان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل أن كان صاحب الد كان فالعامل أجبره بالنصف وهو مجهول لأن الأجرة إذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من د كانه بنصف ما يعمل وذلك أيضاً مجهول والطحاوي أخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي أولى من الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذا لأن هذا شركة التقبل في العمل بأبدانهم ما سواهم فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحد منهما ما يجب به الأجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستحسان أن هذه ليست بأجارة وإنما هي شركة التصانع وهي شركة التقبل لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها أه كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولاتهم في العبارة مسامحة أه (أقول) منشأؤهم جعل الواو في قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعين أحدهما لتولى القبول في شركة التقبل وليس شيء من ذلك بمراد بل الواو فيه للحال

لا يجوز لأن رأس مال صاحب الد كان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الد كان فيكون العامل أجبره بالنصف وهو مجهول وإن تقبل العمل العامل كان مستأجر الموضع جلوسه من د كانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوي رجه الله مال إلى وجهه القياس وقال القياس عندي أولى من الاستحسان وجه الاستحسان أن هذه ليست بأجارة وإنما هي شركة التصانع وهي شركة التقبل لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن فأن قيل

شركة التقبل هي أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال وهما ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الأجر أجيب بأن والمعنى الشركة في الخارج تقتضي اثبات الشركة في التقبل فنبت فيه اقتضاءه أذ ليس في كلامهما الاختصاص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرنا وتخصيص الشيء بالذ لا يدل على نفي ما عداه فأمكننا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا في التقبل صريحاً ولو صرح بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا هذا هو المذكور في عامة الشروح لما ذكره المصنف فانه قال

﴿ مسائل منشورة ﴾

(قوله فيكون العامل أجبره بالنصف وهو مجهول) أقول وأيضاً هو من قبيل فقير الطحان (قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول فيه بحث فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولاتهم في العبارة مسامحة (قوله أجيب بأن الشركة في الخارج) أقول يعني الخارج من العمل



لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجهاته يقبل وهذا بخلافه (٣٣٥) يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعلم

واذا كانت شركة لا اجارة لم  
تضره الجهالة فيما يحصل  
كافي الشركة وقوله (ومن  
استأجر جلا لجمل عليه  
محملا) ظاهر والوطاء الفراض  
والدتر جمع دثار وهو ما يلقي  
عليك من كساء أو غيره (قوله  
ورد الزاد معتاد) جواب عما  
يقال مطلق العقد ينصرف  
الى المتعارف ومن عادة  
المسافرين انهم يأكلون  
من الزاد ولا يردون شيئا مكانه  
ووجهه ان العرف مشترك  
فانه معتاد عند البعض كرد  
الماء والعرف المشترك  
لا يصلح مقيدا فلا مانع من  
العمل بالاطلاق وهو أنهما  
أطلقا العقد على كل قدر  
معلوم في مسافة معلومة  
ولم يقيد بعدم رد ما نقص  
من المجهول فوجب جواز  
رد قدر ما نقص عما  
بالاطلاق وهو عدم المانع  
والله أعلم

### كتاب المكاتب

قال المصنف (لان هذه  
شركة الوجوه في الحقيقة  
الخ) أقول قال صدر  
الشريعة في شرح الوقاية  
في الهداية جملة على  
شركة الوجوه وفيه نظر  
لانه شركة التقبل  
والصنائع فكان صاحب  
الهداية أطلق شركة  
الوجوه عليها لان أحدهما

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجهاته يقبل وهذا بخلافه يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا  
تضره الجهالة فيما يحصل قال (ومن استأجر جلا لجمل عليه محملا ورا كين الى مكة جازوله المحمل  
المعتاد) وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفتى ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان  
أن المقصود هو الرأب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف  
فلا يفتى ذلك الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدتر قال (وان شاهد الجمل المحمل فهو أجود)  
لانه أتق للجهالة وأقرب الى تحقق الرضا قال (وان استأجر بعير الجمل عليه مقدار من الزاد فكل  
منه في الطريق جازله أن يرد عوض ما كل) لانه استحق عليه جلا سمي في جميع الطريق فله أن  
يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكبل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من  
العمل بالاطلاق

### كتاب المكاتب

والمعنى ان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس  
فيفهم منه بطريق الاولوية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول  
صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما  
وان كان أحدهما يتولى القبول من الناس بجاهه والاخر يتولى العمل لحذاقته اه فلا محذور في عبارة  
صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بذلك العبارة بل سبقه اليه  
صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما  
يتولى القبول من الناس بجاهه والاخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته  
انتهى (قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجهاته يقبل وهذا بخلافه يعمل فينتظم  
بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل) قال الامام الزبيدي في شرح الكنز قال صاحب الهداية  
هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجهاته يقبل وهذا بخلافه يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير  
شركة الوجوه أن يشتر كاعلى أن يشتر يا شيا بوجوههما ويديعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف  
يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا الى ههنا كلامه (أقول) ليس  
مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار  
في كتاب الشركة بل مراده بما ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجهات يرشد اليه قوله فهذا بوجهاته يقبل  
وهذا بخلافه يعمل فينتفع الاشكال ولا يمنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه  
في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية في الهداية جملة على شركة الوجوه وفيه  
نظر لانه شركة الصنائع والتقبل فكان صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يقبل  
العمل بوجهاته الى ههنا كلامه وقال بعض الفضلاء لا بد من نقل ما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان  
في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى (أقول) ان قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن  
كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة  
لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف  
الا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه أي عقد شركة التقبل بالوجهات فلا نبوة عن هذا  
في شيء تأمل وتف

### كتاب المكاتب

يتقبل العمل بوجهاته انتهى ولا يخفى عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا

### كتاب المكاتب

(٢٩ - تكمله سابع)

قال في النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابل ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصل له ذاقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق يعني أن قوله بمقابل ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصله خرج به النكاح والطلاق والعناق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصله وذكري بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقب كتاب العتاق لان الكتابة ما آلهما الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التملك والشرايط فكان أنسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبد بلفظ الكتابة وما يؤدي معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايحاب وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية وأما الاعتاق على مال فانه وان كان عقد الاحتياجه الى الايحاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالمعجز يعود رقيقا دون العتق على مال وسيبها ما مر غير مرة من تعليق البقاء المقذور بشرطها (٢٣٦) قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها من جانب العبد

انفكك الحجر في الحال وثبت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسبه وثبت الحرية اذا أدى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البديل في الحال ان كانت حالة والملك في البديل اذا قبضه وألفاظها الدالة على ذلك قوله لعبدك كاتبك على مائة دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوم ما أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أدبتها فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق كان كتابة قال

قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً) أما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا

قال صاحب النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابل ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايحاب والقبول بطريق الاصله وبهم ذاقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق اه (أقول) ان قوله وبهم ذاقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق مستدرك بل محتمل لانه يرد عليه أن يقال ان وقع الاحتراز به الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلاثة أيضا فمعنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرها فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينتقض حينئذ ما ذكره في وجهه المناسبة بغيرها من الاغيار وبعبارة أخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هـ ذا الفن لزم أن لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداها فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل كفي بتحقيق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره

(واذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) اذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتباً أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب أو لغيره ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أو مندوب أو مباح نعرض لذلك بقوله

قال الدميري في شرح المنهاج الكتابة تعليق بصفة تضمنت معارضة منجمة ولفظها اسلامي لا يعرف في الجاهلية قبل وأول من كتب عبد الله رضي الله عنه قال له أبو أمية (قوله وذكري بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي الخ) أقول عبارة الاتقاني ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقب كتاب العتاق ولان الكتابة ما آلهما العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى وبهذا يظهر لك تصرف الشارح في عبارته وتغييره الى ما لا يرضاه صاحبه فان ذكره الولاء لبيان مناسبة العتاق لا لبيان مناسبة المكاتب للعتاق وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد ان يخرجها من كمال الكارة لا يرى أنه اخراج البذلحالا والرقبة ما لا وان أراد أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انقضاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فليتنامل

صاحب النهاية ههنا ليس بتحقيق في غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة المناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعنق يعني ان قوله بمقابلته ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصله خرج به النكاح والطلاق والعنق على ما قال في رد العوض في البيع بطريق الاصله الى هنا لفظ العناية (أقول) في كل واحد من نقله وبيانه اختلال أما في نقله فلا ان الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمها في النقل الى البيع والطلاق والعنق وأما في بيانه فلا انه قيد الهبة في البيان بشرط العوض وأما لفظها في أثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلته ما ليس بمال يخرجها عن الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلته ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان وأيضاً لم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض في البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الاصله ولا يخفى ما فيه وأيضاً كان الطلاق والعنق مطلقين في المنقول وقد قيد ما في البيان بكونهما على مال وجعله ما خارجين بقوله بطريق الاصله ولم يذكر خروج الطلاق والعنق بغير مال بشئ من القيد من مع انهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلته ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل وقال صاحب غاية البيان ان ذكر المكاتب عقيب كتاب العنق كان أنسب وأهـذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العنق لان الكتابة ما لها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ونقله صاحب العناية فزيـفه حيث قال وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العنق كان أنسب ولهـذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العنق لان الكتابة ما لها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته اغـيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات الى هنا لفظ العناية (أقول) في نقله خطأ لان المذکور في كلام صاحب العناية لان الكتابة ما لها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة ما لها الولاء وبينهم ما بون ولا يخفى ان مقصود صاحب العناية بقوله لان الكتابة ما لها العتق بيان المناسبة بين العتق والكتابة وبقوله والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتق والولاء أيضا وكان صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما تنبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قد صدر دتر زيـفه أيضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد به أنها لا اخراج فيه فهو كالمكافرة ألا يرى انه اخراج اليد حالا والرقبة ما لا وان أراد به أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعنق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل الى هنا كلامه (أقول) يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك أي ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شق زديده أما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلا نه



وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع بين الفقهاء

لاشك في أن ليس في الكتابة اخراج الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج وأما سقوط  
ما ذكره في شقه الثاني فلا أن الكلام في الانسية لا في مجرد المناسبة فلا تنشية لقوله ولا تنس الحاجة الى  
المناسبة في جميع أجزاء مفهومه ثم انما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض  
لا بشرط لا عوض كما بينا عليه من قبل لم يقد قول ذلك القائل مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم  
العقود غير مسلم لان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العقود مما لا يدعيه أحد وانما يلزم ذلك ان لو كان  
المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض وأما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيسم ما بشرط العوض  
أيضا اذ قد تقرر في موضعه ان بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء فيصير الاعتبار  
في مفهوم العقود انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العقد على مال لان عدم  
اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه كما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لان نسبة الذاتيات  
أولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه اذ قد تقرر في موضعه  
ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلها والعرضيات ما اعتبره خارجها بخلاف  
الحقائق النفس الامرية ففي الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو  
المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند أهل الشرع وأما العقد فأمر خارج عن مفهومها وانما هو  
ما له الحاصل عند أداء كل البذل وكذا الولاء أمر خارج عنه فانه حكم من أحكام العقد فكان مناسبة  
الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعقد من حيث العرضية فكانت أنسب للاجارة من العقد ثم ان  
كثيرا من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التملك والشروط فكان أنسب بالتقديم  
ثم أقول هذا أمر عجيب منهم فان مجرد شبهها من بعض الحثيات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب  
كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحثيات وغيرها فكيف يجعل ههنا وجهها لتقديمها على الكتابة وهل  
تقبل الفطرة السليمة والحق عندي أن وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبلها  
المبينة في صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبات ما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبلها وهو  
الهيئة اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التعقيب ثم ان صاحب  
العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبيده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه اه (أقول)  
هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع  
لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبيده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه ما ذا بل معرفة الثاني تتوقف  
على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية  
لما قال وأما الكتابة شرعا فانه عبارة عن عقدين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدي معناه  
من كل وجه على ما يجي على أداء العبد ما لا معلوما لمقابلته عتق يحصل له عند أدائه اه حسب صاحب  
العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام  
في كتابه وليس الامر كما حسب به فان قول صاحب النهاية على أداء العبد ما لا معلوما الخ من غم  
التعريف متعلق بقوله عقدين المولى والعبد بيان للعقد وعليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة  
معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بأن يقال  
الكتابة التحرير يرد في الحال ورقبة عند أداء المال وما ذكر في الوفاة وغيرها ان يقال الكتابة اعتاق  
المملوك بدا حالا ورقبة ما لا فليتبصر (قوله وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع بين الفقهاء) قال تاج  
الشرعية وصاحب الكفاية خص الفقهاء لان عند أصحاب الطواهر كداود والصفهاني ومن تابعه  
ان هذا أمر إيجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه

وهذا ليس أمر إيجاب  
باجتماع الفقهاء وأشار  
بذلك الى نفي قول من  
يقول اذا طلب العبد من  
مولاه الكتابة وقد علم  
المولى فيه خيرا وجب عليه  
أن يكتبه لان الامر  
لوجوب

للإباحة كقوله تعالى وإذا

حلتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيراً مذكور على وفاق العادة فانها جرت على أن المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيراً وقال في الجمل على الإباحة الغاء للشرط بيان لكونه للنذب ونقصه أنه في الجمل على الإباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونها بالاتفاق وكلام الله تعالى منزّه عن ذلك وفي الجمل على النذب اعماله لان النذبية معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم أن لا يضرب بالمسلمين بعد العتق فان كان يضربهم فالأفضل أن لا يكتبه وان فعل صح فيجب حمله على النذب وأما اشتراط القبول من العبد فلا لانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الا بأداء كل البذل وهو قول جمهور الفقهاء

( قوله وتقريره أن في الجمل على الإباحة الغاء الشرط ) أقول فيه أن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا مع أن الشارح ذكر أنه ذكر على وفاق العادة ( قوله وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم الخ ) أقول فيه بحث فانه على هذا التقرير لا يلزم الغاء الشرط لو جمل على الإباحة

وانما هو أمر نذب هو الصحيح وفي الجمل على الإباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه أما النذبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قبل أن لا يضرب بالمسلمين بعد العتق فان كان يضربهم فالأفضل أن لا يكتبه وان كان يصح لو فعله وأما اشتراط قبول العبد فلا لانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا بأداء كل البذل

اه ( أقول ) بقي اشكال وهو ان صاحب الكشف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للنذب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكتب وعن عمر رضي الله عنه هي عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود اه فعلى هذا كيف يتم القول بأن هذا الامر ليس للايجاب باجتماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من أجله الصحابة المعرفين بالفقه والرواية وابن سيرين رجه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين وعن هذا قالوا اجالس الحسن أو ابن سيرين فنقول عمر وابن سيرين بالوجوب بناءً في ادعاء الاجماع بين الفقهاء في ان ليس هذا الامر للايجاب اللهم الا أن يقال ان ما ذكر في الكشف انما يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لانه مذهبهم ما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقرر بين الفقهاء فتأمل وقال صاحب معراج الدراية وبقوله باجتماع الفقهاء يخترع عن قول داود ومن تابعه وعمر بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد فانهم قالوا يجب الكتابة اذا مال العبد اذا كان ذا أمانة وذا كسب اذا الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اه كلامه ( أقول ) فيه نظر فان كثيراً من هؤلاء فقهاء سبوا الشافعي وأحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجتماع الفقهاء عن قولهم بالايجاب في هذا الامر وقولهم بذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب في هذا الامر فأنى يصح الاحتراز به عنه اللهم الا أن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك فتأمل ( قوله وانما هو أمر نذب هو الصحيح ) هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للإباحة لا للنذب كما في قوله تعالى وإذا حلتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيراً مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيراً كذا في الشروح ( أقول ) به هذا وما مر أنفاً من قول بعض العلماء يكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهد في شرح مختصر القدوري في المقام حيث قال وانه للنذب باجتماع الامة انتهى اذ قد علم منه ما ان كون الامر للنذب في فكاك تبوهم ليس مما وقع عليه اجماع الامة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بأنه للنذب كما هو مذهب أكثر العلماء ( قوله وفي الجمل على الإباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه ) تقريره ان في الجمل على الإباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيراً لان الإباحة ثابتة بدونها بالاتفاق وكلام الله منزّه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اه ( أقول ) هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لان ليس في ذلك فائدة أصلاً فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلاً عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع ان في الجمل على الإباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالإباحة على ما ذكر في عامة الشروح ( قوله والمراد بالخير المذكور على ما قبل أن لا يضرب بالمسلمين بعد العتق فان كان يضربهم فالأفضل أن لا يكتبه وان كان يصح لو فعله ) أقول لقائل أن يقول فعلى هذا لا يكون في الجمل على الإباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكررها لا مباحا اذ قد تقرر في علم الأصول ان المباح ما استوى طرفاه له وتركه وان المكره ما كان طرف تركه أولى واذا كان الأفضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن

فانه اذا لم يعلم فيه خير يكون تركه الكتابة مندوباً لا مباحاً كما لا يخفى

لقوله صلى الله عليه وسلم أجمع عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه أى في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضى الله عنهم فعند على رضى الله عنه يعتق بقدر ما أدى وعند ابن عباس رضى الله عنهم ما يعتق كما أخذ الصحيفة (٣٣٠) من مولاة يعنى بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضى الله

عنه يعتق اذا أدى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضى الله عنه بمائة كرنا وهو المختار ويعتق اذا أدى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا أدته فأنت حر وقال الشافعى رضى الله عنه لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على انك اذا أدته الى فأنت حر لان الكتابة ضم نجم الى نجم فلونص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا أن موجب العقد ثبت من غير تصريح به وموجبه ههنا ضم حرية السيد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند أداء البسذل فثبت وان لم يصرح به كافي البيع فانه ثبت الملك به وان لم يصرح بكونه موجبه

لقوله عليه الصلاة والسلام أجمع عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أدته فأنت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كافي البيع

لا يكتبه كان جانب التركة أولى فيصير عقد الكتابة انذاك مكرها لا مباحا فينفي قوله فيما قبل وفي الحال على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أجمع عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد الخ) قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة ونكلمهم فيها بالرأى يدل على زيادة الحديث كما عرف ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعى أنه عليه الصلاة والسلام قال ابتغوا في أموال المتأخرى خيرا كى لا يأكلها الزكاة في إيجاب الزكاة في مال الصبي بأن العصابة رضى الله عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحتج أحدهم بهم هذا الحديث قلت جازانه ما بلغ اليهم انتهى كلامه (أقول) في الجواب بحث لانه مشترك في الإلزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال جازان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسئلة ونكلمهم فيها بالرأى على زيادة حديث قط مع انه خلاف ما عرف والاطهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالرأى ويقال يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا أصاب المكاتب ميرا ثا ورث بحساب ما عتق منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال يؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر وبما بقي دية عبد كذا كرى بهض الكتب والذي يدل على زيادة الحديث انها هو اختلافهم بالرأى لان استعمال الرأى في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الأصول (قوله ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أدته فأنت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كافي البيع) وعند الشافعى لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على أنك ان أدته الى فأنت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية السيد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال أوجبت حرية السيد في الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ولونص على هذا اعتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعى تفسيرها ضم نجم الى نجم ولونص عليه بأن قال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشى الجلالية منقولاً فيها عن المبسوط لا يخفى عليك ان ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى (أقول) تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته ههنا بل لا يبعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسيراً للكتابة لان موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس بعزى كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك أيضا فيجوز أن يكون معنى قوله -م راجع الى تفسير الكتابة راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك أى أمر ربك وقوله تعالى

(قوله وعند ابن عباس رضى الله عنهم ما يعتق الى قوله تكتب) أقول فيه تأمل (قوله ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح به الخ) أقول قال في الحواشى الجلالية نقلا من المبسوط فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعا الى تفسير

الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية السيد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال أوجبت حرية السيد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو كان نص على هذا كان يعتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعى تفسيرها شرعا ضم نجم الى نجم لا ضم حرية الى حرية انتهى لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف



ولا يجب حط شيء من البذل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حط ربيع البذل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فإن الأمر المطلق للوجوب والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان أن الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الإتياء وهو الإعطاء والحط لا يسمى إعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربيع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به النذب كالذي في قوله فكانت بؤهم لا يقال القرآن في النظم لا يجوز أن يجرى القرآن موجب بل نقول الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب والوجوب وقوله فكانت بؤهم قرينة لذلك قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا وموجلا غير منجم ومنجم عندنا (وقال الشافعي لا بد من نجمة لأنه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) لخروجه من يدمولاه (٢٣١) مفلسا ولم يكن قبل العقد أهلا للملك

المال والعاجز عن التسليم لا بد له من أجل بقدره على تسليم البذل فإن قيل المسلم إليه عاجز عن التسليم لأنه لو قدر عليه لما رضى بأخس البدلين فلا بد له من أجل أجاب بقوله (بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الأقدام على العقد عليها فثبت) ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لأن المسلمين مأمورون بآعائته والطرق منسعة استدانة واستقراض واستئجار واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الأقدام على العقد عليها فثبت (ولنا قوله تعالى فكانت بؤهم من غير شرط التحميم ولا أنه

ولا يجب حط شيء من البذل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمة لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الأقدام على العقد عليها فثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التحميم ولأنه عقد معاوضة والبذل معقوده فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فبهم له المولى ظاهر بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد إلى الرق

واسئل القرية أي أهل القرية إلى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض (قوله ولا يجب حط شيء من البذل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعي يستحق عليه حط ربيع البذل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فإن الأمر المطلق للوجوب والجواب أن دلالة الآية على ذلك ممنوعة لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان أن الله تعالى أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الإتياء وهو الإعطاء والحط لا يسمى إعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربيع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به النذب كالذي في قوله فكانت بؤهم لا يقال القرآن في النظم لا يجوز أن يجرى القرآن موجب بل نقول الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب والوجوب وقوله فكانت بؤهم قرينة لذلك كذا في العناية (أقول) فيه نظر لأن قوله تعالى فكانت بؤهم لا يصلح أن يكون قرينة لكون الأمر في قوله وآتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة إيجاب القرآن في نظم القرية في الحكم إذ دلالة في مجرد كون أمر لغير الوجوب على كون أمر آخر أيضا كذلك حتى يجعل كون الأمر في قوله بعد فكانت بؤهم للنذب قرينة لكون الأمر في وآتوهم أيضا لذلك (قوله بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الأقدام على العقد عليها فثبت) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لأن المسلمين مأمورون

عقد معاوضة) وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لاحتمال فأنشبه الثمن في البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البذل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فأنشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا وكذا ذكرنا في التقرير مستوفي ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذا العبد وما يملك له لولاه فظاهر من مولا أن يملكه فإن لم يملكه وطالبه بالاداء وامتنع عنه يرد رقيقا بالتراضي أو بقضاء القاضي (بخلاف السلم فإن مبناه على المضايقة) فليس الامهال فيه ظاهرا

(قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا) أقول الانسب لسياق كلامه أن يقول لا دلالة في الآية على ذلك (قوله وقوله فكانت بؤهم قرينة لذلك) أقول فيه تأمل فإن كونه قرينة مانعة للحمل على الوجوب غير مسلم

ويجوز حالا (وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقيق الركن منه وهو (الإيجاب والقبول إذا عاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه) ولا يجزى بالنسبة إلى المنافع (وخالفنا الشافعي فيه وهو) أي هذا الخلاف منه (بناء على مسألة أذن الصبي في التجارة) فإنه لا يجوز لأنه ليس من أهل التصرف فلا يصح الأذن له وعندنا هو من أهل التصرف إذا عاقل العقد ونقصان رأيه ينحيز برأى المولى والتصرف نافع فيصح الأذن (بخلاف ما إذا كان لا يعقل العقد لأن القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد به حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع) (قوله ومن قال لعبد جعلت عليك ألفا تؤديها إلى نجوم ما أول نجم كذا وآخره كذا فإذا أدبت فانت حر) لبيان ما فيه فائدة الكتابة بلفظها (٣٣٣) فإن المجموع المذكور مفيد لذلك فإن قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها

قال (وتجوز كتابة العبد المغير إذا كان يعقل البيع والشراء والبيع) لتحقيق الإيجاب والقبول إذا عاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالف فيه وهو بناء على مسألة أذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال (ومن قال لعبد جعلت عليك ألفا تؤديها إلى نجوم ما أول نجم كذا وآخره كذا فإذا أدبت فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكتوبة) لأنه أتى بتفسير الكتابة ولو قال إذا أدبت إلى ألفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكتوبة في رواية أبي سليمان لأن التخييم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ أبي حفص لا تكون مكتوبة اعتبارا بالاعتبار بالاداء مرة قال (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)

بإعانتهم والطرق متسعة استئذنة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الأقدام على العقد عليها فثبت انتهى واقتنى أثره الشارح العيني (أقول) هذا السؤال ليس بوارد لأنه إن أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت في حق المكاتب فليس بذلك قطعا إذا لا أهلية فيه للملك قبل العقد قط فإني ثبت له احتمال القدرة على المال قبله فإن أريد به أن احتمال القدرة عقب العقد أثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا لأن مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على أصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقدة قبل العقد في السلم لكون العاقدة فيه أهلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فإن العاقدة فيها ليس بأهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال القدرة على البذل قبل العقد وهذا أمر ضروري لا مجال لانكاره فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي ههنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا أن العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئا من الأموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به ألا يرى أن المفلس لو اشترى أموالا عظيمة أصبح شراؤه وإن لم يكن هو مال الكاشي من الثمن وبذل الكتابة معقوده فلا يلزم أن يكون العبد ما سلكه حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فإنه معقود عليه وقد أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال ولأنه عقد معاوضة والبذل معقوده فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه اه تدبر

إلى نجوم ما يجتمهـل معـنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستأدى عبده الضريبة ولا تسعين جهة الكتابة ما لم يقتل فإذا أدبت فانت حر وأما قوله وان عجزت فانت رقيق ليس بسلام وانما ذكره لحث العبد على أداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة ولو قال إذا أدبت إلى ألفا كل شهر مائة فانت حر اختلفت الرواية في رواية أبي سليمان هو مكتوبة لأن التخييم يدل على الوجوب لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال ولا يجب المال إلا بالكتابة لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً إلا في الكتابة وفي نسخة أبي حفص قيل أي في روايته لا تكون مكتوبة قال فخر الإسلام وهو الأصح اعتبارا بما لو قال إذا أدبت إلى ألفا

هذا الشهر فانت حر فإنه لا يكون كتابة والتخييم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرها لانه يدخل في سائر الديون وقد تخلوا الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون كتابة قال (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) وإذا صحت الكتابة بنحوها على المفسد بعد تحقق المقتضى خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه

(قوله وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقيق الركن منه) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال فيها بدل قوله منه (قوله لبيان ما يفيد الخ) أقول ناظر لقوله قوله ومن قال لعبد الخ (قوله لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال) أقول يعني في المال الواجب وأشار بقوله ذلك إلى التيسير (قوله والتخييم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول والتخييم في العبد يوجد في الضريبة وفيه تأمل

(أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكية يده) الحاصلة في الحال (إلى مالكية نفسه) التي تحصل عند الأداء فإن قيل ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بوجوده فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه ولهذا الوجه على المولى وجب عليه الأرض ولو وطئ المكاتبته لزمه العقر فيحقق الضم (أول تحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البذل فيمك البيع والشراء والخروج إلى السفر) طويلا كان أو غيره (نهائ المولى عنه أولا) لأن مقصود المولى وهو أداء البذل قد لا يتحقق إلا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ماني عليه درهم (ولأنه عقد معاوضة) كما مر (ومبناء على المساواة وينعدم ذلك) أي المساواة باعتبار التساوي (أن تنجز العتق ويتحقق أن تأخر لانه ينبت للمكاتب نوع مالكية) وهو مالكية اليد (فيثبت في ذمته حق من وجه) وهو أصل البذل وإنما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي إذا المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح به (٢٣٣) الكفالة ولو ثبت العتق ناجزا كما

قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مر فانت المساواة لا يقال المساواة فائنة على ذلك التقدير أيضا لأن نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأن المساواة لأن نوع مالكيته أيضا ضعيف لبطالانه بعوده رقيقا (فإن نجز المولى عتقه عتق بعتقه) لا بالكتابة المتقدمة (لأنه مالك لرقيقته) فيجوز له أن يملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لوصول ما يقابلها (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصه بأجزائها) نوسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البذل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه) أي على الوصول إلى البذل من جانبه

أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أول تحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البذل فيمك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإنهاء المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولا لانه عقد معاوضة ومبناء على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لانه ينبت له نوع مالكية وينبت له في الذمة حق من وجه (فإن أعتقه عتق بعتقه) لانه مالك لرقيقته (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بوصول العتق به وقد حصل دونه قال (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لأنها صارت أخص بأجزائها نوسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البذل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والاعيان (وان جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وان أنلف مالها لغرم) لأن المولى كالأجنبي في حق كساحها ونفسها إذ لو لم يجعل كذلك لآتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله أعلم بالصواب

(قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء وقال فإن قيل ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بوجوده فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه ولهذا الوجه على المولى وجب عليه الأرض وإن وطئ المكاتبته لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه (أقول) فيه خلل لأن هذا الجواب يناقض قوله فيما قبل إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم إليه موجودين في الحال وممدول ما قاله أولا أن يكون المضموم إليه حاصل عند الأداء لا في الحال ولا يلزم أن يكون قوله التي تحصل عند الأداء لغوا محضاً كما لا يخفى ثم إن بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قلنا قال ولا يخفى عليك أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا بل يجوز أن يقال الضم إنما يتحقق حين

(٣٠ - تكمله سابع) (ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والاعيان) قابلها الشرع بالاعيان قال الله تعالى أن تبغوا بأموالكم وألزم العقر عند استحقات الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطء لا أخذ المنفعة لبقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بإبلاج واحد (وان جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية) وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنها صارت أخص بأجزائها

(قوله أجيب بأن مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول فيه بحث وما أسرع ما نسي قوله التي تحصل عند الأداء ولا يخفى عليك أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا بل يجوز أن يقال الضم إنما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم ثم وجوب الأرض ولزوم العقر لمالكية اليد لا مالكية النفس (قوله وينعدم ذلك أي المساواة الخ) أقول فإن قيل إذا أدى المكاتب بعض البذل على ملكه المولى ولا يحصل بمقابله شيء للمكاتب فينتفي التساوي فلا بد من حصول له تأ كد مالكية ولهذا لا يفي بحل التكفير كما سبق في باب الكفارة قال المصنف (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر) أقول قال صاحب التسهيل ولو شرط وطأها في العقد لا يضمن العقر انتهى وفي غاية البيان في أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ما يخالفه



**فصل في الكتابة الفاسدة** وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد قال (واذا كاتب المسلم عبده) جمع ههنا أمورا يفسد عقد الكتابة به أذكر بعضها أصالة وبعضها استشهاده إذا كاتب المسلم عبده (على خرا وخزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم (فإن الكتابة فاسدة) أما الخمر والخزير فلا تنه ما ليس بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقهما فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد وأما قيمة العبد فلا تنه مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف) وكذلك الثوب والدابة وأما الدم والميتة فلماذا كرهنا في الخمر والخزير بل أولى على ما نذكره وإذا عرف ذلك (فإن أدى الخمر والخزير عتق) سواء قال له إن أدبت إلى فانت حرا ولم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر لا يعتق) (ع ٣٣) (الاباء قيمة نفسه لأن البدل) في الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كافي البيوع الفاسد ووقع في

بعض نسخ الهداية الإبداء قيمة الخمر قليل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء عين الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا) قيل أي بأداء قيمة نفسه (لأنه البدل معنى) قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وإن لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح إن كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف (وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أدبتها فانت حرا لأنه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق

**فصل في الكتابة الفاسدة** قال (واذا كاتب المسلم عبده على خرا وخزير أو على قيمة نفسه) فالكتابة فاسدة) أما الأول فلأن الخمر والخزير لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرها وجنسها ووصفها فاحتج بالجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة قال (فإن أدى الخمر عتق) وقال زفر لا يعتق الإبداء قيمة نفسه لأن البدل هو القيمة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أدبتها فانت حرا لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخزير برمال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط وأما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

وجود مال كية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم انتهى (أقول) ليس هذا بسديد إذ لو كفي بتحقيق الضم حين مال كية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فإن تحقق الضم حين مال كية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر بالخروج من يده حين مال كية النفس التي تحصل عند الأداء على ما مر ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير إلى تحقيق معنى الضم في الحال

**فصل في الكتابة الفاسدة** آخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لا نخطا رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قوله أما الأول فلأن الخمر والخزير لا يستحقه المسلم) عبر عن مسئلتى الكتابة على الخمر والكتابة على الخزير بالأول دون الأولين لا تحادهما في جهة الفساد وهى عدم تحقق المالبية في شئ من الخمر والخزير في حق المسلم فكان ما صارا مسئلة واحدة والافهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على قيمة العبد وقد أومأ إلى هذه المسئلة في بسط نفس المسائل أيضا حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخزير كما ترى ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة الخ مع أنه في الحقيقة مسئلة ثالثة بل لا ريب (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البدل معنى) قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر

الرواية

به العتق وصار كما إذا كاتب كتابة على ميتة أو دم) فإنه لا يعتق بتسليم عينه ما إذا قال إن أدبت إلى فانت

حر (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والميتة (أن الخمر والخزير برمال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء البدل المشروط بخلاف الميتة فأنه ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

**فصل في الكتابة الفاسدة** (قوله وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح) أقول وتنظيره ما سيجي عرواية عن أبي يوسف فيما إذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز في رواية عنه أجاز ذلك صاحب المال أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كافي التكميل ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان قال في المجموع ويحكم به لادائها عينها أو قيمتها انتهى ابن فرشته أي قيمة عين الخمر انتهى قوله ويحكم به أي ويحكم أبو يوسف به أي بالعتق

وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسمى في قيمته لأنه وجب عليه رد قيمته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد إذا تلف المبيع (و) تجب القيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا) أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لأن المولى ماضى بالنقصان) سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لأن عدم الإخراج يبنى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء (والعبد رضى بالزيادة) سواء كانت في القيمة أو في المسمى (كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً) فإنه إن لم يرض بهما يمنع المولى عن العقد فيفوت به أدراك شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة أنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر (٢٣٥) فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلاً بعد الرضا بالزيادة

أصله بعد الرضا بالزيادة لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا أنما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه

قال المصنف (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول قال صدر الشريعة هذه مسألة مبتدأة لا تعلق لها بمسألة الخمر والخنزير ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة إذا كانت من جنس المسمى فإن كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى وإن كانت زائدة زيدت عليه ووضع المسئلة في المبسوط فيما إذا كاتب عبده بألف على أن يخدمه أبداً فالكتابة فاسدة فتجب القيمة فإن كانت ناقصة عن الألف لا ينقص وإن كانت زائدة زيدت عليه انتهى ولا يخفى عليك أن ما ذكره من أنه لا تعلق لها بمسألة الخمر والخنزير يخالف لما في

(وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسمى في قيمته) لأنه وجب عليه رد قيمته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد إذا تلف المبيع قال (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كافي البيع الفاسد وهذا لأن المولى ماضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً فتجب قيمته بالغة ما بلغت

الرواية عند علماءنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والخبره فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبو يوسف وإن لا يذكر بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية قلت صحيح أن كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشارح ما جعل الألف واللام في القيمة البدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى (أقول) ما قاله الشارح العيني ليس بشيء أما أولا فلا ن ظاهر الرواية أنما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه والمروى عن أبي يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير أن يجعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر أنما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا إذ لا يلزم من اشتراك الروايتين في أحد الجزأين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر في الرواية الأخرى فقولهم سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض وأما ثانياً فلا ن صاحب غاية البيان من الشراح جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام وأبو يوسف قال إن كل واحد من عين الخمر وقيمته يبدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق إذا أدى أيهما كان انتهى وأشار إلى ذلك صاحب العناية بقوله وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فقول العيني والشارح ما جعلوا الألف واللام في القيمة البدلا عن نفسه أن أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والأفليس بعيب (قوله وهذا لأن المولى ماضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لأن المولى ماضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لأن عدم الإخراج

شروح الهداية (قوله وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت) أقول لا يخفى عليك أن قوله لأن المولى ماضى بالنقصان لا يلائم هذا التفسير والظاهر أنه إشارة إلى قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت تفريع على قوله والعبد رضى الخ (قوله لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل الخ) أقول في دلالة على عدم رضا المولى بالنقصان في المسمى تأمل وقوله فلا يرضى بالنقصان أن أراد عن المسمى فسلم لكن مدعاة عام وإن أراد عن القيمة أو الأعم فممنوع ولا دلالة عليه في قوله لأن عدم الإخراج الخ (قوله فإنه إن لم يرض بهما يمنع المولى عن العقد فيفوت به أدراك شرف الحرية) أقول كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى إذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة فلم يرض بالزيادة أي بما هو هو والعقد الفاسد يمنع المولى عنه فيفوت أدراك شرف الحرية فليتأمل

وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البذل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد

( وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لانه هو البذل وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة ) لاستحقاق المسمى تسلمه ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف قبل تعرف بأحد أمرين إما أن يتصادق على أن ما أدى قيمته فينبئ بكون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما انصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شئ جعل ذلك قيمة وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بقيتين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب أن يقيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله ( وأثر الجهالة في الفساد ) أي لافي البطلان كافي البيع فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما اعتق بأداء القيمة

يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شئ والعبد رضى بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فإنه ان لم يرض به امتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه ( أقول ) هذا الشرح غير مطابق للشروح وغير تام في نفسه أما الاول فلأن الظاهر ان كلمة هذا في قول المصنف وهذا الإشارة الى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه والمعنى وهذا أي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ماضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كي لا يبطل حقه في العتق بالكلية فينبغي أن ينظم الدليل والمدعى بلا كلفة أصلا ويرشد اليه تحرير صاحب الكافي حيث قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لان المكاتب رضى بالمسمى وزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا والمولى ماضى بالنقصان عنه اهـ وأما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا إشارة الى وجوب القيمة بالغعة ما بلغت فيجتمل كلام المصنف لانه إما أن يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى ماضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان بالكلية مع انه طلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيد اذ لا يستدعي عدم رضا المولى بالنقصان عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغعة ما بلغت لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى ماضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة فيرد عليه أن يقال ان عدم رضا بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغعة ما بلغت فإمعن تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى فلعل الشارح المزبور انما اغتر بقرول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغعة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضا وأما الثاني أي أنه غير تام في نفسه فلا ن قوله لان المولى ماضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعاً سواء كان ناقصاً عن القيمة أم لا فإيخالف رضاه انما هو بالنقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البذل المسمى فيها أقل من القيمة فإنه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعاً مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة أيضاً على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لان المولى ماضى بالنقصان للنقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تأمل توقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قبل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الجرف فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه اهـ ( أقول ) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له رأساً لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كي لا يبطل حقه في العتق اذا الظاهر أن بطلان حق شخص في شئ انما يكون بعد تعلق حقه به أولاً ومورد ما قبل انما هو قول المصنف كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً كما صرح به في النهاية وغيره فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كي لا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الجمر وأنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق قلنا يجتمل أن يكون القاضي يرى صحة



بمخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لا اختلاف  
أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته

ماروى عن أبي حنيفة أنه اذا كاتبه على الخمر ولم يقبل ان أدبته فأنت حر فادى الخمر لا يعتق فلو قضى  
القاضى بتلك الرواية يبطل حقه في العتق اه (أقول) فيه بحث أما أولاً فلا تنقض هذا  
الجواب أن يكون قوله كى لا يبطل حقه في العتق علة لعدم قضاء القاضى بتلك الرواية لارضاء العبد  
بالزيادة والمذكور في الكتاب بخلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب وأما ثانياً فلا تنقض  
ذلك على تقدير تمامه انما يتشكى في صورة ان لم يقبل المولى للمكاتب على الخمر ان أدبته فأنت حر لاني  
صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الخمر في هذه الصورة فلا رأى للقاضى فيها مع أن ما نحن  
فيه يم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم ان صاحبى النهاية ومعراج الدراية رد على المصنف  
ههنا حيث قال ثم قوله كى لا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلاً لقوله والعبد رضى بالزيادة لانه يحتمل أن  
يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه في العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان  
تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعه اه (أقول) ليس ذلك بسديد لان تحمل الزيادة  
انما يكون ضرراً عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس  
كذلك لا محالة فانه اذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه به ملكاً لمولاه ويقدر المولى بعد ذلك على أن  
يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم  
رضاه بها نفع له أصلاً ثم قالوا والاولى في تعليل ذلك أن يقال لان العبد لما عقد الكتاب الفاسدة  
مع مولاه كان قابلاً لقيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتاب الفاسدة وهو أقدم عليه  
باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى فكان راضياً بالزيادة على المسمى ضرورة اه (أقول)  
وهو أيضاً ليس بسديد لان في التعليل بما ذكره مصادرة على المطلوب فانما يصدق أن يثبت بدليل أن  
موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جهة مقدمة ذلك قوله والعبد رضى بالزيادة  
فلو علمنا هذه المقدمة بما يتنى على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت  
لزم المصادرة قطعاً \* ثم أقول ببقى شئ في كلام المصنف وهو أن قوله لان المولى ماضى بالنقصان الخ دليل  
شاف مفيد لتمام المدعى وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه الا أن قوله لانه عقد فاسد فيجب  
القيمة عنده لال المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستنداً كاهنا لانه صار مستغنى عنه  
بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد قيمته ففساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع  
الفاسد اذا تلف المبيع وادى له دالة على تمام المدعى فانه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى  
فلم يكن في ذكره فائدة فكان الاولى طرحه من البين كما في الكافي (قوله لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد  
لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته) قال صاحب العناية وتقريره أن الثوب عوض  
والعوض يقتضى أن يكون مراداً والمطلق منه ليس بوجوده في الخارج فلا يكون مراداً فتعين أن يكون  
المتعين مراداً والاطلاع على ذلك متعذر لا اختلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها  
وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه (أقول) فيه كلام أما أولاً  
فلانه ان أراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بوجوده في الخارج فرداً مهما من الثوب فلا نسلم أنه ليس  
بوجوده في الخارج اذا لا يسم انما ينافى التعيين لا الوجود في الخارج وكم من شئ نجزم بوجوده في الخارج  
وان لم تعين خصوصيته عندنا وان أراد بذلك مفهومه الكلى فنسلم أنه ليس بوجوده في الخارج ولكن  
لا نسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مراداً الجواز أن يكون المراد هو المسمى فلا بد من بيان  
بطلان هذا الاحتمال أيضاً وأما ثانياً فلا نمانع أن يمنع امكان استدراك مراده بتقويم المقومين

أجاب بقوله (بمخلاف ما اذا  
كاتبه على ثوب حيث  
لا يعتق بأداء ثوب) وتقريره  
الثوب عوض والعوض  
يقتضى أن يكون مراداً  
والمطلق منه ليس بوجوده  
في الخارج فلا يكون مراداً  
فتعين أن يكون المتعين  
مراداً والاطلاع على ذلك  
متعذر لا اختلاف أجناسه  
فلا يعتق بدون ارادته  
بمخلاف القيمة فانها وان  
كانت مجهولة يمكن استدراك  
مراده بتقويم المقومين  
فان قلت فان أدى القيمة  
فيما اذا كاتبه على ثوب  
يعتق أولاً قلت ذكر في  
الذخيرة أن الاصل عند  
علمائنا الثلاثة أن المسمى  
متى كان مجهول القدر  
والجنس فانه لا يعتق العبد  
بأداء القيمة ولا تعتقد هذه  
الكتابة أصلاً على المسمى  
ولا على القيمة

قال (وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره لم يجز) اذا كاتب عبده على شئ هو لغيره فاما ان يتعين بالتعين كالفرس والعبد أولا كالنقود فان تعين فاما ان يجزئه أولا فان لم يجز فاما ان يملكه المكاتب بسبب وأداءه الى المولى أولا فذلك أربعة أوجه فان لم يتعين بالتعين كالمالك قال كاتبك على هذه الألف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في النعمة وان تعين به ولم يجز ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز يرد فيقال ان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأنشبه ما اذا تزوج امرأته على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك لرجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به وبالجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان البديل الكتابة حكم التمن في البيع حتى كان ذلك مبني بجواز الكتابة والحالة التي تمن معقود به لا معقود عليه فلان تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير البديل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فأنشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع (٢٣٨) ليس بشرط لجواز نكاح الرضعية فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى وهذا الجواب

على طريقة تخصيص العلل وتخلصه معلوم (وان أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة فان اشترى شيئا بمال الغير فجاز صاحب المال جاز قال كتابه أولى) لان مبناها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من أكسابه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب) أي في الجامع الصغير أشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شئ

قال (وكذلك ان كاتبه على شئ بعينه لغيره لم يجز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراعاة شئ يتعين بالتعين حتى لو قال كاتبك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم دين في النعمة فيجوز وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأنشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة أولى وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البديل عيناً معيناً والمسئلة فيه على ما بيناه وعن أبي يوسف أنه يجوز اذ جاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما ما صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مراداً وتعدراً لا طلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ولا شك أن الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة أيضاً لا نرى الى قول المصنف فيما مر وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرها وحنساً ووصفاً فتفاحت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة اه فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده

بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجاز المالك وبين ما لم يجز (ان عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه) أي ملك المكاسب وفي بعض النسخ لانها أي المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف (ينبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البديل عيناً معيناً لغيره والمسئلة فيه) أي فرض المسئلة في ذلك (على ما بيناه) ان مراده شئ يتعين بالتعين (وعن أبي يوسف أنه يجوز اذ جاز ذلك أو لم يجز غير أنه اذا أجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجز لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداء

(قوله فان تعين فاما ان يجزئه) أقول أي يجز العقد (قوله وان تعين به ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول الشارح نصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فناقض آخر الكلام أوله والظاهر أن كلام المصنف يجري على عمومته ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينعقد العقد موقفاً وانما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن للغبية عنه بذكرها أولاً (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه الخ) أقول كالكتابة للحالة فلا يفسخ المولى الارضا العبد كما هو حكم الكتابة الجائزة ثم أقول انه مخالف لظاهر القرض عدم الملك فتأمل في دفعه (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول اخترا عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول خبر أن

(فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقد العقد) وهو ظاهر الرواية (الا إذا قال له أدبت إلى فانت حر فحنيفة يعتق بحكم الشرط وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لان العقد ينقد مع الفساد كونه المسمى ما لا يعتق بأداء المشروط وان كاتبه على عين) معين (في يد المكاتب) سوى النقود (ففيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الاعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى) ولم نذكر ههنا طوله وذكره (٢٣٩) بعض السارحين على وجهه

الاختصار فقال وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز وجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين من اعيان ماله وانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد بأن كان مأذونا في التجارة أو كتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم تعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال (واذا كاتبه على مائة دينار الخ) واذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصصة العبد ويكون مكاتباً بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف الى الوسط وهذا

فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه اذا أداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقد العقد الا اذا قال له اذا أدبت إلى فانت حر فحنيفة يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لان العقد ينقد مع الفساد كونه المسمى ما لا يعتق بأداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال (واذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصصة العبد فيكون مكاتباً بما بقي) لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولها ما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى

في صورة الكتابة على القيمة حتى تتعين بتعيينهم فتأمل (قوله ولها ما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى) يعني انهم ما يستثنى الاصل المذكور ولكن يقولون ذلك فيما صح استثناءه من غير أن يورد فساد العقد وههنا استثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وانما يصح استثناءه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا للكتابة لتفاحش جهالة قدرها ووصفها كما مر في أول الفصل فكذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي (أقول) بردي على هذا التعليق أنه يقتضي أنه لا تصح الكتابة فيما اذا شرط أن يرد المولى عليه عبدا معينا أيضا لجرمائه فيه أيضا بعينه فان قيمة العبد المعين أيضا مجهولة جهالة تفاحشة ولهذا لو كاتب عليه لم يصح كما مر في أول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضا ظاهر مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا والعجب من صاحب الدرر والغرر أنه علل هذه المسألة بوجه آخر وعزاها الى الزبلي وأورد عليه النقض بما اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاها الى الكافي حيث قال لان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازا الوصيف الذي يرد المولى يبيع وما كان منها بازا عرقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزبلي ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا أو أمة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كماله كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناءه من الدنانير وانما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالة التفاهة كذا لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اهـ ولا يخفى على ذي فطنة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاها الى الزبلي والوجه الذي عزاها الى الكافي في ورود

الاتفاق وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البطل وهو الاصل في ابدال العقود وقال بالوجوب أي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف

(قوله وهو ظاهر الرواية) أقول فلا يناسب كلمة عن في قوله فمن أبي حنيفة (قوله وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة) أقول لو صح هذا الدليل لم تجز الكتابة اذا كان العبد معينا لعين هذا الدليل فان قيمة العبد المعين مجهولة جهالة تفاحشة وقد سبق في أول الفصل



(واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه) كالعبد والفرس (ولم بين النوع) انه تركي أو هندي (ولا الوصف) انه جيد أو ردي (جازت  
وينصرف الى الوسط) (من ذلك الجنس) وقدره أبو حنيفة في العبد بما قيمته أربعون درهما وقال هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينتظر  
في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد (٢٤٠) الكتابة عقد ارفاق فالظاهر أن يكون البديل على أقل من قيمة المكاتب وانما

ينصرف الى الوسط لان  
الأصل في الحيوان المجهول  
اذا ثبت في الذمة أن  
ينصرف الى الوسط كما في  
الزكاة والدية والوسط فيه  
تطرق للجانيين (ويجبر على  
قبول القيمة) لانه قضاء في  
معنى الاداء على ما عرف  
في الاصول لانها أصل من  
حيث ان البديل يعرف بها  
(وقدر في النكاح) فصار  
كأنه أتى بعين المسمى (وانما  
صح العقد مع الجهالة لانها  
يسيرة ومثلها يتحمل في  
الكتابة) لان مبناها على  
المساهلة (فتعتبر جهالة  
البديل لجهالة الاجل فيه)  
حتى لو قال كاتبك الى  
الحصاد والدياس أو القطاف  
صححت الكتابة وقد ثبت  
ان ابن عمر أجاز الكتابة  
على الوصفاء وهو جمع  
وصيف وهو العبد للخدمة  
(وقال الشافعي لا يجوز وهو  
القياس لانه معاوضة  
فأشبهه البيع) في ان تسمية  
البديل شرط فيها كما هي  
شرط فيه والبيع مع البديل  
المجهول أو الاجل المجهول  
لا يجوز فكذا الكتابة  
ولنا أن هذا قياس فاسد  
لان قياس الكتابة على

قال (واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن بين الجنس ولا يبين النوع  
والصفة (وينصرف الى الوسط) ويجبر على قبول القيمة (وقدر في النكاح) أما اذا لم يبين الجنس  
مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد  
والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البديل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي  
رحمته الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبهه البيع ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن  
على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح والجامع أنه يبنى

القبض بالصورة المزبورة عليهم ما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى (قوله  
أما اذا لم يبين الجنس) مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس  
كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العناية واعترض على المصنف  
بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب  
الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا  
عالية كالذابة مثلاً ومتوسطة كالركوب منع الجواز مطلقاً في الكتابة والوكالة والبيع وغيرها  
وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المما كسنة كالبيع والوكالة لا فيما بنى على المساحة  
كالكتابة والنكاح انتمى (أقول) ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلانا لان سلم أن شمول اللفظ  
للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبد وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن  
العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فربما يراه لان المصنف ماذ كرقط في  
كتاب الوكالة ولا في موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد  
يشمل أنواعا وان ما يشمل أنواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن أو النوع فانه قال هناك ثم ان كان  
اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد  
من كل جنس فلا يدرى مراد الا أنه لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح الا ببيان الثمن  
أو النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذلك النوع تفصل الجهالة فلا يمنع الامتناع مثله  
اذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتري والخيش والمولد جاز وكذا  
اذا بين الثمن لما ذكرنا اهـ فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يجعله  
مدارا لا اعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحب النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه  
من العجائب من أمثال هؤلاء الفحول وأما الثاني فلا أن الجواب المزبور مع ابتناؤه على القول بمراتب  
الاجناس الذي هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بعزل عما يفهم من كلام  
المصنف في المقامين أي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه أما هناك فلما عرفت أنفا وأما فيما نحن فيه  
فلانه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيده بالجنس في قوله ومعناه أن بين الجنس بالجنس العالي  
والمتوسط اذ بين الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا  
أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح والجامع أنه يبنى

البيع اما أن يكون من حيث ابتداء أوها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال  
والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في الجبر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو  
الرقبة لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء وفي أن مبني كل منهما

على المسامحة وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لأنه مبني على المماسكة زيادة استظهار وان لم يبين جنسه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لأنها تشمل أجناسا وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالركوب منع الجواز مطلقا في الوكالة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماسكة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح قال ( وإذا كاتب النصراني عبده الخ ) وإذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وأسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تعليق الخمر وتعلقها وفي التسليم تعليق الخمر لان الفرض أن الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما إذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يدالي يدو المسلم غير ممنوع من نقل اليد كما إذا غصب المسلم من الذي خرا ثم أسلم الذي فإنه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب وإذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما إذا تباع الذميان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا في البيع بحال ففسد وتصلح

( ٢٤١ )

في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف أي عبد للخدمة وأنى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء أسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغي أن يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة معنى والرواية في الكتابة رواية في البيع قال ( وإذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر

على المسامحة بخلاف البيع لأنه مبني على المماسكة قال ( وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جاز ) معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا ( وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر ) لان المسلم ممنوع عن تعليق الخمر وتعلقها وفي التسليم ذلك اذا الخمر غير معينة فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمتها وهذا بخلاف ما إذا تباع الذميان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف وأنى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة أما البيع فلا ينعقد صحى على القيمة فافترقا قال ( وإذا قبضها عتق ) لان في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم

على المسامحة بخلاف البيع لأنه مبني على المماسكة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا أن هذا معنى ما قاله الشافعي قياسا فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث ابتداءها أو من حيث الانتهاء الاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة ذلك الخمر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه سقط الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء وفي أن مبني كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف

( ٣١ - تكمله سابع )

للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أدى الخمر عتق لما بينا في أول هذا الفصل انه اذا أدى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق بإداء البدل المشرط فاذا وجد البدل وقع العتق وذكر التمرناشي أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان في العتق بأداء الخمر روايتان والفرق على احدهما بيننا وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فأداها الى مولاه فإنه يعتق أن في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه عقد صحى على الخمر ابتداء وبقى على القيمة صحى بعد الاسلام ولا يتصور بقاءه صحى والخمر بدل فيه بقاءه صحى دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسد بسبب كون الخمر بدلا وبقى كذلك فلا حاجة الى اخراجها عن البدلية وأذا بقي بدلا عتق بأداها

( قوله وان شمل أجناسا سافلة كالعبد ) أقول الذى يشمل التركى والهندي وهما جنسان سافلان ( قوله وفي التسليم تعليق الخمر ) أقول الاظهر أن يقول وتعلقها بطابق المشرط وح الا يرى أن المسلم اذا كان المولى فاللازم هو تملك المسلم الخمر وانما جعل التسليم طرفا للتملك لاستلزامه اياه كأنه مشتمل عليه ( قوله فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة ) أقول أى على رواية جواز الكتابة على عين في يد المالكاتب قال المصنف ( ولو أداها عتق ) أقول قال الاتقانى أى لو أدى غريم الخمر عتق أيضا فيما إذا أسلم أحدهما الا أن في الكتابة معنى التعليق وبه صرح قاضيان في شرحه الجامع الصغير انتهى وعلى شرحه يكون في كلام المصنف نوع تعقيد بخلاف شرح السعنانى فتأمل

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

قال (ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) لان موجب الكتابة أن يصير حرايدا وذلك بما لكيسة التصرف مستنداه تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البذل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج الى المسافرة وبذلك البيع بالمحابة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى

في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المما كسة زيادة استظهار انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلا نه جعل قول المصنف فأنشبه النكاح متفرعا على الشق الثاني حيث قال فأنشبه النكاح في الانتهاء وليس بتمام لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله وأما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ومما لم يقل به أحد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعيني قائم - ما قال في تعليل قول المصنف فأنشبه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فأنشبه النكاح متفرعا على الشق الاول فقط أو على مجموع الشقين وأما ثانيا فلا نه قال وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لانه مبني على المما كسة زيادة الاستظهار وليس ههنا ابتداء أيضا لان مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهة لغيره في ذلك الوجه أو في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهة البيع أيضا فلو لم يذ كر قوله بخلاف البيع لانه مبني على المما كسة لما ظهر اختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء الخ فكان قوله بخلاف البيع عمدة في اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط والله الموفق للصواب

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

الظاهر أن اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للكتاب أن يفعله ليكون العمدة المقصود بالذات والافتقد ذكر في هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للكتاب أن يفعله كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفا سدة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح اه واقتفي أثره الشارح العيني (أقول) لا يذهب على من له أدنى مسكة سماحة التعليل بقوله - ما فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يقتضي تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفا سدة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وان لا يفعله انتهى (أقول) هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المسطوران لكن فيه أيضا سماحة لانه جعل قوله وان لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز أن يفعله للكتاب وما يجوز أن لا يفعله ولا شك أن الذي ذكر في هذا الباب وقصدياته انما هو ما يجوز أن يفعله للكتاب وما لا يجوز أن يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا مجرد ما يجوز أن لا يفعله فان جواز أن لا يفعله شيئا لا ينافي جواز أن يفعله أيضا كما في الاشياء المباحة التي يستوى فيها جاتها الف - هل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعا (قوله ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفا سدة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح قال (ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه أعادها تهيدا لقوله

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

(قوله فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح) أقول - هذا الوجه بظاهره لا يقتضي تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب بل يقتضي عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر فتدبر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب) أقول لا يخفى في علمه انما ذكره ههنا لاستطراد وانما محل ذكره اصالة هنا وهذا لفظ القدوري هنا



(فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) فإنه لم يبين ذلك بيانه (٣٤٣) وجه الاستحسان (أن هذا الشرط

مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان بنافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضى بطلان العقد كما في البيع أجاب بقوله (وصح العقد) يعني أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكّن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبك على أن تخدمني مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك (لأنه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة وهذا) أي هذا التفصيل (لان الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتها بالبدل

قوله ولا فيما يقابله) أقول قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحرجية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحريه فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الآن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجي بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول

قال (فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكّن في صلب العقد وبطله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكّن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل والنكاح في شرط لم يتمكّن في صلبه هذا هو الاصل

حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا فإنه لم يبين ذلك بيانه (ثم اهـ) (أقول) لا يخفى عليك أن ما يصلح أن يكون تمهيدا لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فثبت الاعادة للتمهيد لا يتم عذرا بالنظر الى مسئلتى البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك أنه انما ذكره هناك استطرادا وانما محل ذكره هنا وهذا لفظ القدوري ههنا انتهى (أقول) وهذا الذي ذكرهنا ليس بلفظ القدوري وانما لفظه فيجوز له البيع والشراء والسفر بفناء التفرع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وبأصهار المكاتب دون اظهاره والذي ذكرهنا بالاول وبديل فاء التفسير بيع وبأظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل معناهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضا فإنه قال هناك فملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك أن حاصل معناه متحد بما ذكره هنا وعن ههنا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مكررا لانه ذكرها في أوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا أنه لم يذكر في البداية تمهيد قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا اهـ فتبصر (قوله وصح العقد لانه شرط لم يتمكّن في صلب العقد وبطله لا تفسد الكتابة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكّن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبك على أن تخدمني مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحرجية والمنع من الخروج تخصيص للفك والحريه فليتأمل هل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا أن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجي بعد أسطر انتهى (أقول) ليس ذلك بشئ لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحريه لا يقتضي كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشئ قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه كما اذا عرّفنا الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك بتخصيص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعاً وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضا لا ريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحريه وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضي دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه أصلا كما لا يخفى والذي نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة أو فيما يقابله انبه يتحقق التمكن في صلب العقد كما عينه (قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكّن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل والنكاح في شرط لم يتمكّن في صلبه هذا هو الاصل) أقول لقائل أن يقول

حينئذ المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح الا أن يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف أعني وعدم صحتها بالبدل (قوله وعدم صحتها بالبدل) أقول يعني بلا ذكر بدل

واحتما لهما الفسخ قبل الاداء (وتشبه النكاح) من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا يبطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عمل يشبه النكاح ويبطلان العقد اذا تمكن في صلبه عمل يشبه البيع (أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق) لان الاعناق (٣٤٤) ازالة الملك لال أحد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شي وانما

يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعناق لدخوله في الكتابة وهي اعناق (وهذا الشرط يختص به) فهو داخل في الاعناق (والاعناق لا يبطل بالشرط الفاسد قال (والتزوج ليس وسيلة اليه) الكتابة فكما تجرم مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود أي الى مقصود المولى من البذل وذلك لقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب لا يفناء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر لكن اذا أذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم

(قوله واحتمالهما الفسخ قبل الاداء) أقول واحتمال الفسخ بعد الاداء أيضا لا يضرنا قال المصنف (أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق) أقول قال الاتقاني لو قال في جانب المولى اعناق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى

والامر فيه سهل قال المصنف (فاعتبر اعناقي في حق هذا الشرط) أقول قال الاتقاني ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعملنا فيه بالشبهين فقلنا يبطلان الشرط وصحة العقد اذا تمكن في صلبه عمل يشبه النكاح ويبطلان العقد اذا تمكن في صلبه عمل يشبه البيع (أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق) لان الاعناق (٣٤٤) ازالة الملك لال أحد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شي وانما

أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعناقا في حق هذا الشرط والاعناق لا يبطل بالشرط الفاسد قال (ولا يتزوج الاباذن المولى) لان الكتابة فكما تجرم مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه

قدم قيل هـ هذا الباب في مسألة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أعتنا فالواضح شبهة عقد الكتابة للنكاح وعملا وبها وردوا على الشافعي قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبهه بالبيع أيضا ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الاول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في المسئلة المارة فتأمل (قوله أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد الخ) قال صاحب غاية البيان لو قال في جانب المولى اعناق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى (أقول) كل من شق كلامه منظوره أما شقه الاول فلانه لو قال في جانب المولى اعناق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعناقا في جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسرا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعناقا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعناق وأما شقه الثاني فلان الاعناق في قوله في جانب العبد اعناق مصدر من المبني للفعل عول دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق فيكون قوله في جانب العبد اعناق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف اذا حصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشرط الفاسد فلا تفسد الكتابة أيضا بالشرط الفاسد لشبهه بالعتق ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعملنا فيه بالشبهين فقلنا يبطلان الشرط وصحة العقد اذا تمكن في صلبه عمل يشبه النكاح ويبطلان العقد اذا تمكن في صلبه عمل يشبه البيع (أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق) لان الاعناق (٣٤٤) ازالة الملك لال أحد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شي وانما

المصنف

والامر فيه سهل قال المصنف (فاعتبر اعناقي في حق هذا الشرط) أقول قال الاتقاني ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعملنا فيه بالشبهين فقلنا يبطلان الشرط وصحة العقد اذا تمكن في صلبه عمل يشبه النكاح ويبطلان العقد اذا تمكن في صلبه عمل يشبه البيع (أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق) لان الاعناق (٣٤٤) ازالة الملك لال أحد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شي وانما

كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعملنا فيه بالشبهين فقلنا يبطلان الشرط وصحة العقد اذا تمكن في صلبه عمل يشبه النكاح ويبطلان العقد اذا تمكن في صلبه عمل يشبه البيع (أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعناق) لان الاعناق (٣٤٤) ازالة الملك لال أحد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شي وانما

(ولا يهب ولا يتصدق) المكاتب (الابالشي البشير) وكلامه فيه ظاهر والمجاهر عند العامة هو الغنى من التجار وكأثره أريد المجهز وهو الذي يبيع التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به مخرف إلى المجاهر كذا في المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعيه) يعني في الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لأن الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى أدى صار مقرضاً بما أدى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفاله ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضره أجيب بأنه يضره بما عجز عن تسليم النفس فيجب على ذلك وهو يخل بالان كتنساب الذي يحصل به المال وقوله (وان زوج أمته جاز) ظاهر وقوله (ثم هو يوجب للملوك مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره كالمير يعير (بخلاف الاعناق على مال) فإنه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما أوجب للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف (٣٤٥) على أداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب

فكان غلبتك ما لا يملكه وهو لا يجوز (قوله فان أدى الثاني) يعني ان أدى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الاول (عتق الثاني) لتحقيق شرط عتقه (وولاه للمولى لأن فيه نوع ملك) لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة وهذا الوجه الاول كان الثاني ملكاً للمولى كالاول (وتصح اضافة الاعناق اليه في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازاً وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستئمان على مواليه (فاذا عذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية) لكونه رقيقاً (اضيف اليه) أي الى المولى لكونه علة العلة (كالعبد اذا اشترى شيئاً)

ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يهب ولا يتصدق الابالشي البشير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك لملكه الا أن الشيء البشير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بداً من ضيافة واعارة ليجمع عليه المجاهرون ومن ملك شيئاً عاك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والا كتنساب ولا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لانه تبرع ليس من توابع الا كتنساب (فان وهب على عوض لم يصح) لانه تبرع ابتداء (وان زوج أمته جاز) لانه كتنساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال (وكذلك ان كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان ما له العتق والمكاتب ليس من أهله كالاغناق على مال وجه الاستئمان أنه عفا كتنساب للمال فملكه كتزويج الامه وكالبيع وقد يكون هو أنفع له من البيع لانه لا ينزل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعناق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال (فان أدى الثاني قبل أن يعتق الاول فولاه للمولى) لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعناق اليه في الجملة فاذا عذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئاً (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه) لان المولى جعل معتقاً والولاء لا ينتقل عن المعتق (وان أدى الثاني بعد عتق الاول فولاه له) لان العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له

المصنف فيما ساقى في تعليل مسألة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لانه كتنساب للمال فإنه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتمام فان بين تزويج المكاتبه ونفسها وتزويج المكاتب أمته فرقا كما صرحوا به في أثناء شرح مسألة تزويج المكاتب أمته فيما ساقى وقداً وضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بأن المكاتب لما ملك تزويج أمته بهذه العلة ينبغي أن يملك المكاتبه تزويج نفسها لو جود هذه العلة فيها لانها كتنساب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جنابة رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط أن المكاتب لا يتزوج بغير اذن المولى وأجاب بأن تزويج المكاتبه نفسها ليس لا كتنساب للمال بل للخصين والعفة فان مقصودهما من تزويج نفسها شيء آخر

فانه ثبت الملك للمولى لتعذر ثباته للعبد لعدم الاهلية (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقاً) مباشرة حكماً لما أن العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعناق (والولاء لا ينتقل عن المعتق) مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يرد جرح الولاء فان أمته مولى الجارية ليس معتقاً للولد مباشرة بل نسبياً باعتبار اعتناق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال فينجر الولاء الى قوم الاب (وان أدى الثاني) بدل الكتابة (بعد عتق الاول فولاه للاول لان المباشر من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت)

قال المصنف (ويجوز باذن المولى لان الملك له) أقول تأمل هل يمكن نعيم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبه نفسها ولا يفتي أنه لا يمكن (قوله بخلاف الاعناق على مال فإنه لا يملكه) أقول الاعناق مصدر من المبني للفعول أي لم يحصل له في حال العتق على المال حتى يملكه غيره



قال (وان اعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه أما الاول فـلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المقتبس فأشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتناق على مال في الحقيقة وأما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال (وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهم ما يملكان الا اكتسابا كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظرا فيما سواهما والولاية نظرية

سوى المال فلذلك لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعـراه الى المبسوط فتخلص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتب بنفسها أيضا كما لا يخفى تأمل توقف قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب فإن التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبه لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالمد كرماد كره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز لا كتاب أن يتزوج بغير إذن مولاه وكذا المكاتب لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر لان المولى يملك رقبته المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين (١) أنه لا ينفرد واحد منهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارة ورد في المذكر ولكن بدلالة يعم المؤنث أيضا الاحالة (قوله وان اعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتناق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه اهـ (أقول) قد أخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع انه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيحى فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فأندرج في قوله أو من ضروراتها لاننا نقول ليس ذلك من ضروراتها أيضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتي وقد تقررت عندهم ان من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراته المملوكة للمأذون له أيضا اجماعا فلا محيص عن المحذور في كلام الشارح المزبور الا بأن يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملك في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فملكه كان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتناقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والابضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول الاعتناق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع عنه فاذا ملك البائع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا اهـ (أقول) لم يمر في هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب ان العتق أنفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة أنفع من البيع لان التزويل الملك الابد ووصول البذل الى المالك والبيع بزيه قبله ولا شك ان

قال (وان اعتق عبده على مال) قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتناق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله (وأما الثالث فتتقيد به) لان من استترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الردي بذكر العيب وكلامه ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله وان زوج أمته جازلانه اكتساب للمال (قوله وكذلك الاب والوصي) ظاهر (قوله ولان في تزويج الامة والمكاتبه نظرا) أما في تزويج الامة فلما مر أنفا وأما في الكتابة فلانه بالجزء يرد رقيقة فربما كان الجزء بعد اداء منجوم وذلك لاشك في كونه نظرا

(قوله انما يملك ما كان من التجارة) أقول الاولى أن يقول من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم الحصر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيحى بعد سطور ويملكه المكاتب

(١) قوله أنه أي في أنه اهـ من هامش الاصل اهـ صحيحه

قوله (فأما المأذون له) فظاهر وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله (هو) يعني أبو يوسف (قاسه على المكاتب) فإن المكاتب يجوز له أن يزوجه الأمة فكذلك المأذون له (واعتبره بالاجارة) أي اعتبر التزويج بالاجارة فإن المأذون له جازله أن يزوج عبده وأمته فكذا يجوز له أن يزوج أمته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمل القياس بين العيين أي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين أي التزويج والاجارة لأن المماثلة (٣٤٧) بين العيين ظاهرة اذ في كل منهما ملك

الجحر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى بخلاف الفعلين لأن المماثلة بينهما ليست الآمن حيث الفعلية لا غير لأن الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لأن المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيين

(قوله وقوله فأما المأذون له فظاهر) أقول لا وجه للقاء اذ لا يتضمن المبتدأ معنى الشرط (قوله ذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله وفيه ما فيه) أقول فإن دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا ممنوعة لكن العلامة الاتقاني لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره بل نقل عن شرح الجامع الصغير للفقهاء أبي الليث وعن شرح الطحاوي للإمام الاسيحاوي ما يدل صريحا على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا يصلح مؤيدا لذلك ويكفي ذلك ما ذكره في

قال (فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشرية شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة الاعتاق على مال يزيله قبله أيضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمة المفلس كما مر آنفا لم يكن أنفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فبطل قوله فإذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا (قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رجحهما الله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) أقول في هذا التحريم نوع اشكال لأنه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوج عبده لم يجر مع كون كلمة أما في قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما ياباه حكم ما ذكره قبيلها أيضا عدم الجواز بنا فيه قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته فإن تزويج الأمة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فمضى بيان خلاف أبي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتمجه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانه ما يجوز ان المأذون له قطعاً كما يجوز ان للمكاتب فلامعنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب أصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكر في أول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثم قلت قد عرفت هناك ان ما يصلح للتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتى جواز البيع وجواز الشراء فحدث الذي ذكر للتمهيد دون الاصل لا يتم عذرا لانها ولا هنا واعلم ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولا ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده وانكاح أمته وكنابة عبده وتانيها ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا باذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقته الا بيسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشي من ذلك لا يصح من مأذون ومضارب وشريك نفطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فعمل الاشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الخ لكونه اعلى قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والتمينات لعدم تمامها في صورة البيع والشراء من التمينات وأما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه أما أولا فلا ان المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والتمينات مختاطبة مع الاخرى فلا تفهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ وأما تانيها فلا أن قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته يمنع ذلك لان تزويج الأمة من قبيل التمينات في المكاتب وأنا أتعجب من شرح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم ههنا للتوجيه ولا الاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير (قوله هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة) أي أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب فإن المكاتب يجوز له أن يزوج أمته فكذلك المأذون له واعتبر التزويج بالاجارة فإن المأذون له يجوز له أن يزوج عبده وأمته فكذلك يجوز له

هذا المقام ثم قوله يجوز له أن يكتب عبد الشركة سهو من قلم المكاتب والصواب يجوز له تزويج الأمة اذ الكلام فيه (قوله وقيل استعمل القياس) أقول القائل هو السعفي (قوله لان المماثلة بينهما ليست الآمن حيث الفعلية) أقول في الحصر كلام فانه ما يتماثلان في كون كل منهما من طرق الكسب (قوله لان الاجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول لا يدل على الحصر الذي ادعاه (قوله وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي الخ) أقول المراد هو القياس الشرعي وقوله لا يكون بين عيين ان أراد أنه لا يكون بين عيين حقيقة فليس لم وان أراد أنه لا يجعل العيينان مقيسا ومقيسا عليه مجازا ففساده ظاهر والحكم بالأوليه لظهور المماثلة في الاول دون الثاني

وله - ما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بجارة فأما المكاتب يتملك الا كتساب وهذا ا كتساب  
 أن يزوج أمته كذا في الشروح (أقول) في كل من قياسه واعتباره نظراً ما في الاول فلا تلو صرح بقياس  
 المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضاً فان المكاتب يجوز له أن يكتب  
 عبده فينبغي أن يجوز له المأذون له أيضاً أن يكتب عبده بطريق القياس مع أن كتابة المأذون له عبده  
 مما لا يجوز بالاتفاق وأما في الثاني فلا تلو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جوارها للمأذون له  
 يقتضي جوارها له أيضاً لزم أن يجوز تزويج عبده أيضاً كما يجوز اجارة عبده وأمنه على ما نصوا عليه مع  
 أنه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العيين وهو ما  
 المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العيين  
 ظاهرة اذ في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجوداً فاستعمل لفظ القياس  
 لذلك وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعامضات المالية  
 من الجانبين لان للنفسه حكم المالية الا يرى ان الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت  
 ديناً بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هنا البق اه كلامه (أقول)  
 فيه بحث أما أولاً فلا تلو ان أراد بقوله اذ في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف ان في كل منهما فلك  
 الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعاً اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على  
 ما فصل في كتابه ما وان أراد بذلك ان في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف الذي أطلق في  
 الآخر أيضاً فليس كذلك أيضاً الا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق  
 وان أراد بذلك ان في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجملة فلهذا القدر  
 لا تتحقق المماثلة الصحيحة للقياس فضلاً عن ظهورها وأما ثانياً فلا تلو قوله لما ان الاجارة من  
 المعامضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية  
 لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات  
 الاخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل  
 ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيينين وان كان غير  
 ذلك فلا نسلم اوليته اه (أقول) هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد اليه  
 جعله دليلاً على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عيينين ان أراد به أنه لا يكون بين نفسى العيينين  
 من حيث ذاتهم ما فهو مسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العيينين استعماله  
 بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب في جريان  
 القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان أراد به أنه لا يكون بين العيينين بجميعة من الحيثيات فهو  
 فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الاولوية أيضاً ساقطاً لان لفظ  
 القياس أكثر واشهر استعمالاً في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبراً في أصل  
 معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره فاس الشيء بالشيء قدره على مثاله  
 فكان استعمال لفظ القياس في الشبهتين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين  
 اللذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعاً لان فيه توفيقاً للاقوى والاضعف للاضعف ثم ان  
 رأى صاحب العناية ههنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في  
 النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اه (أقول) ان أراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جداً

وان كان غير ذلك فلا نسلم  
 أوليته (ولهما) وهو الفرق  
 بين المأذون والمكاتب (أن  
 المأذون له يملك التجارة  
 وهذا) أي تزويج الامة (ليس  
 بتجارة) لانه ليس بمبادلة  
 المال بالمال والتجارة ذلك  
 (والمكاتب يملك الا كتساب  
 وهذا ا كتساب) لانه اسم  
 لما يتوصل به الى المال  
 وباتزويج توصل المولى  
 الى المهر فكان ا كتساباً

(قوله وان كان غير ذلك  
 فلا نسلم أوليته) أقول فيه  
 بحث



(قوله ولانه) أي التزويع دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويع بالكتابة لانها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال (ولهذا) أي ولان التزويع ليس من الاكتساب (الابالك هؤلاء) أي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لانه ليس باكتساب المال

فصل في ما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الاصل ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلوا الاصل قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) تقديم الاب في الذكركه هنا على ابنه للتقديم وأما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالاب مقدم على الاب (٢٤٩) سواء كان مولودا في الكتابة

أو مشترى والمولود مقدم على المشتري فان المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشتري يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعدم موت الاب حالا ولا يتمكن من السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية وأما الاب فانه يحرم بيعه حال حياته ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعدم موته حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتباً لانه لو صار مكاتباً لكان أصلاً ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصله فان

ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذهى مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله أعلم  
فصل في (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته)

وان أراد انهم مترادفان في عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتبمع (قوله ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذهى مبادلة المال بالمال) أقول يرد على قوله اذهى أي الاجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع أنه تعريف مسلم متفق عليه وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتأمل اه (أقول) يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال اه بأن مرادهم بمال ليس بمال حقيقة ومراد المصنف بالمال في قوله اذهى مبادلة المال بالمال ما هو مال حكمي وان لم يكن مالا حقيقة فان أحد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبة العين واقامتهام مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله اذهى مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في تعلييل ذلك لما ذكرنا من ان المنفعة في الاجارة في حكم المال اه \* ثم أقول ويمكن أن يحتمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصرف المطلق على التكامل فحينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان أحد البدلين هناك مال حكمي لا حقيقة كما عرفت اه انما ثم ان عامة الشراح قالوا في تعلييل قول المصنف اذهى مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعلييل ولان المنافع في باب الاجارة تصلح مهورا في النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاء به المال لقوله تعالى أن يتنقوا بأموالكم اه وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الوافي قوله لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهورا في باب النكاح بل جعله تعليلا لما قبله (أقول) فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعلييل قوله وان تزوج حراً امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا اه فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على أصلنا سيما في باب النكاح فتأمل

فصل في ما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصله شرع في ذكر مسائل وقوعها

(٣٣ - تسكمه سابع) قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه أجيب بأن المشتري تبع من كل وجه

قال المصنف (ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذهى مبادلة المال بالمال) أقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتأمل (قوله ولهذا أي ولان التزويع ليس من الاكتساب) أقول ان أراد تزويج الامة فلا شئ انه من الاكتساب وان أراد مطلقاً لم يدع أحد أنه من الاكتساب

فصل واذا اشترى المكاتب (قوله والمولود مقدم) أقول أي المولود في الكتابة الخ (قوله فانه يحرم بيعه حال حياته) أقول يعني حال حياته الاب (قوله على نجوم الاب) أقول يعني بعدم موته

فلا يعتبر به في أمر البذل لتقرر وقيل دخوله في الكتابة وأما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البذل في مقابلته ومقابله والده فلهذا بسطة ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولا يدخل في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يكن من أهل الاعناق جعل مكاتبها تحققة فالصله بقدر الامكان (واذا اشترى ذارحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما واهل هذا لا يفتقران في الحر في حق الحرية ولا في حنيفة ان المكاتب كسب الاملاك) لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا الاعلاك الهبة ولو اشترى زوجته (٢٥٠) لم يفسد النكاح (والكسب يكتفي للصله في الولاد) لافي غيره (الابري ان

القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الاعلى الموسر (ولان هذه) أي قرابة الاخوة (توسط بين) القرابة البعيدة من (بنى الاعمام) والقرابة القريبة (و) هي (الولاد) والمتوسط بين الشبهين ذو حظ منهما (ف) حملنا بالشبهين (و) (الحقناها بالثانية) أي القرابة في العتق حتى اذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما اذا ملك والده أو ولده (وبالاولى) أي بالبعيدة (في الكتابة) حتى اذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس لانا لو الحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضا في العتق (لانه أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشر يكتن اذا كاتب كان لا يخرق ضمه واذا عتق ليس له ذلك) وفي ذلك ابطال لأحد الشبهين وأعمالهما ولو بوجه أولى من اجمال أحدهما قال (واذا اشترى

لانه من أهل أن يكاتب وان لم يكن من أهل الاعناق فيجعل مكاتبها تحققة فالصله بقدر الامكان ألا ترى أن الحر متى كان عتق الاعناق يعتق عليه (وان اشترى ذارحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد وجوب الصلة ينتظمهما واهل هذا لا يفتقران في الحر في حق الحرية وله أن يكاتب كسب الاملاك غير أن الكسب يكتفي للصله في الولاد حتى ان القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكتفي في غيرها حتى لا تحب نفقة الاخ الاعلى الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بنى الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالأول في الكتابة وهذا أولى لان العتق أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشر يكتن اذا كاتب كان لا يخرق ضمه واذا عتق لا يكون له فسخه قال (واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها) ومعناه اذا كان معها ولدها أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه وأما امتناع بيعها فلا تتبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وان لم يكن معها ولدها فذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد لانها أم ولدها خلا فالأبي حنيفة

بسيل التبعية وما يتبعها لان التسبع يتلوا الاصل (قوله واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها) هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولدها وقال صاحب العناية في شرح المقام امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق (أقول) في عبارته خلل لان القنة بالتا في وصف المرأة تخالف اللغة اذ قد تقرر في كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب وأما أمة قنة فلم أسمعه اه (قوله وأما امتناع بيعها فلا تتبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها) قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للام حقهها وهما يثبت للولد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للام حقهها تحققة لا لخطا رتبة عن الولد قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحققة لا لخطا الرتبة فان قلت لم لا تصير مكاتبه تبع للولد قلت لان العقد ما ورد عليها اه (أقول) فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتبه تبع للولد وانما يقتضي أن لا تصير مكاتبه أصالة الأبري ان المكاتب اذا اشترى أباه دخل أبوه في كتابته ويصير مكاتبه تابع لولده كما مر مع ان العقد ما ورد على الاب هنالك أيضا فطعا فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال انما لا تصير مكاتبه تبع لولده تحققة لا لخطا رتبة عن ولداه في حق الحرية الأبري أنها لا تصير حرة في الحال تبع الحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه فكذلك لا تصير مكاتبه تبع لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا

أم ولده الخ) امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها

مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر ولم يجز بيعها اذا عجز والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها وان ملكها وحدها فذلك عندنا لانها أم ولدها خلا فالأبي حنيفة

(قوله ولان هذه أي قرابة الاخوة) أقول الانسب أن يقال أي قرابة المحرمية غير الولاد (قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول أي بالشراء والهبة أو الاجارة وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها

له أن القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البذل فان أدى عتق وما فضل معه فهو له وان عجز عاده هو وماله للولي وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به مالا يقبل الفسخ كالاستيلاذ لان مالا يقبله أقوى من الذي يقبله والا أقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للادنى الا أنه ثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعاً لثبوتها في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس يتفيه ولقائل أن يقول القياس كما يتفيه ابتداء بنفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام بتحكم والجواب أنه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعنتها ولداها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس بنفيه يعني ولا نص فيه بترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد (٢٥١) وان ولد المكاتب ولد من أمة

دخل في كتابته لما بينا في (المشترى) يعني في أول الفصل حيث قال لانه من أهل أن يكاتب ان لم يكن من أهل الاعناق واعترض بأن المكاتب لا يملك التسري فمن أين له ولد من الامه حتى بدخل في الكتابة وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطه أتمه لكن ان وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجار به المشتركة فانه ليس لاحد الشريكين وطؤها كمن ان وطئها فولدت وادعاء ثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاء المكاتب فان الولد ولده والجار به أم ولده ويضمن نصف عفرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب بماله من حق الملك في كسبه بملك الدعوة كالحرف بقيام الملك له في نصفها

وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به مالا يحتمل الفسخ الا أنه ثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعاً لثبوتها في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس بنفيه ( وان ولده ولد من أمة له دخل في كتابته ) لما بينا في المشترى ( وكان حكمه حكمه وكسبه ) لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبه زلدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسرى الى الولد كالتدبير والاستيلاذ

ملكه ولده فانه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقه تحقيقا للصلة بقدر الامكان على ما مر ثم قال ناج الشريعة فان قلت العقد ما ورد على الولد أيضا قلت ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون واردا عليه بخلاف الامه اه (أقول) فيه أيضا نظر لان كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورود العقد على الاب ورودا على الولد أيضا ولا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضا فيما نحن فيه اصالة لا تبعاً للوالد فلا يصح قول المصنف أمدخول الولد في الكتابة فلماذا كرنا كما لا يخفى ويلزم أيضا أن لا يثبت فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما اذا كان معها ولدها في الاشتراء وبين ما اذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تفق ( قوله وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد الى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس بنفيه ) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول القياس كما يتفيه ابتداء بنفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام بتحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعنتها ولداها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس بنفيه يعني ولا نص فيه بترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها ولدها الى هنا كلامه (أقول) في الجواب بحث وهو ان الأثر المذكور لا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر إطلاقه يتناول صورتين معاقوقه ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان أراد أن الأثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا وان أراد به ان ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الأثر المذكور عليه فهو يؤول الى المصادرة اذ هو أول المسئلة فان الاماين لم يقبله فلهذا لم يجوز بيع المكاتب امراته المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها بناء على انها أم ولده وان لم يملك ولدها

ههنا ثبت نسب الولد منه من وقت العلق و ثبت لها حق أمة الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد ( قوله وكان حكمه كحكمه ) أي حكم الولد كحكم المكاتب ( وكسبه ) أي كسب الولد لوالده ( لان كسب الولد كسب كسبه ) اذ الولد كسبه ( وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك اذا ولدت المكاتبه من زوجها دخل الولد في كتابته لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا ) فصار من الاوصاف القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات ( كالتدبير والاستيلاذ ) والحرية والرق تسرى الى الاولاد فقوله مؤكدا اشارة الى ذلك احتراز عن ولد الا بصفة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لان امتناع البيع في الا بصفة غير مؤكدا اذ الباقي مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والجانية فان الامه اذا اتصفت بهما امتنع بيعها لامر ونابشئ لكنه ليس بمؤكدا فقوله الاوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين وقوله لهم الشرعية احتراز عن السواد واليباض والطول والقصر



فإنه لا تسرى وإذا سرت كتابتها إلى ولدها لم يجز بيعه كالم يجز بيع أمه قال (ومن زوج أمته من عبده) هذا أيضا بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسرى إلى الأولاد ولهذا كان الولد إذا خلا في كتابة الأم وكسبه لها (قوله لأن تبعية الأم أرجح) إشارة إلى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتها وكسبه لها أي في الدخول بتبعها وفي الكسب يتبعها خاصة والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب وإنما كان تبعية الأم أرجح لأنه جزء منها بحيث يفرض منها بالمقراض قال (وان تزوج المكاتب بأذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤديها إلى المستحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وأولادها حرار بالقيمة) لأنه ولد المغرور ولو جود سببه وهو الغرور لأنه ما رغب في نكاحها إلا لنيل حرة الأولاد فيجب عليه قيمة الأولاد والمهر في الحال ولو جود الأذن من المولى والأولاد أحرار هكذا في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير أن قيمة الأولاد عنده متأخر أدائها (٣٥٣) إلى ما بعد العتق وإليه أشار المصنف بقوله (لأن حق المولى هنالك مجبور بقيمة

ناجزة الخ) ثم إذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لأن الغرور حصل منها (ولهما أنه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم في الرق والحرية لكن تركنا هذا الأصل فيما إذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة) وقد قررناه في التفسير (وهذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه لأن حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق) فكان المانع عن إلحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق في التأخير (فيبقى على الأصل ولا يلحق به وإذا اشترى المكاتب أمة ووطئها بغير إذن المولى) أو بأذنه لكنه قال بغير إذنه ليتبين منه ما إذا كان بأذنه

قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها) لأن تبعية الأم أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال (وان تزوج المكاتب بأذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وأولادها حرار بالقيمة) لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لنيل حرة الأولاد ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية وخالفنا هذا الأصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فيبقى على الأصل ولا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة

قط على أن قوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بتمام على قول أصحابنا جميعا لأنه إن أراد بالملك في قوله إذا ملكه الأب ملك الميم فهو ليس بشرط في اعتناق الولد أمه عند أحد من الفقهاء ألا يرى أن الحر إذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالانحراف المزبور بعينه مع أن الولد هنالك ليس بمولود للأب ملك الميم بل لأب وان أراد بذلك ملك التصرف في أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط في اعتناق الولد أمه عند أصحابنا فان من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولده عند أصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع أن التصرف في أمر ذلك الولد في الولاية عليه إنما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب أن كانت الأمة مملوكة له عند الاستيلاء لا لآبيه فظهر أن قوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بتمام على كل حال (قوله ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها) وفي بعض النسخ دخل في كتابتها وكان كسبه لها أي في الدخول بتبعها وفي الكسب يتبعها خاصة والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدة أن يعتق بعتهها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى (أقول) ليس

يطريق الأولى (ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة) من غير تأخير إلى الاعتناق

هذا

(قوله والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب) أقول فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدة أن يعتق بعتهها سواء كسب أم لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مثلا قال المصنف (وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فيبقى على الأصل ولا يلحق به) أقول قيل وعلى تقدير أن يجب القيمة عند محمد حالا فنقول ولد المكاتب ليس في معنى الحر لأنه انخلق من ماء الرقيق وولد الحر انخلق من ماء الحر فافتقر من هذا الوجه فلا يلحق جلد بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة فتأمل (قوله وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم في الرق والحرية) أقول قد يكون الولد حرا من زوجين قنينين بلا تحرير ووصية وصورته أن يكون للحر ولد وهو قن لا جنبي فزوج الأب أمته من ولد برضامولاه فولدت الأمة ولدا فهو حر لأنه ولد للمولى كذا في جامع الفصولين ولا ترد هذه نقضا على الكلية لأنها مقيدة بانتفاء المانع

(وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق) فيما اذا كان بغير انته (و) حكم (المأذون له كذلك) فانا كان أو مدبر أو الفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة أو جبت الشراء والشراء أو جبت سقوط الحد أو جبت العقر فالكتابة أو جبت العقر ولا كذلك النكاح وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

**فصل** مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل (قوله واذا ولدت المكاتبه من المولى) وذلك بأن ادعاه (فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) سواء صدقته اذا ادعى أو كذبت له لان للمولى حقيقة الملك في رقبته وألها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وانما تتخير (لانه تلقتما جهتها حرة عاجلة ببذل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لستة أشهر أو أكثر (وهو حر لان المولى (٣٥٣) يملك الاعناق في ولدها) لان الدعوى

من المولى كالنحرير وانه يملك  
نحرير ولدها من غيره قصدا  
فلا أن يملك ذلك ضمنا  
للدعوة بطريق الأولى وقوله  
(وماله من الملك) دليل قوله  
ونسب ولدها ثابت من  
المولى ويندفع به ما عسى  
أن يتوهم أن ملك المولى  
في المكاتبه ناقص فلا تصح  
دعواه لان ملكه فيها أقوى  
من ملك المكاتب في مكانته  
بدليل جواز اعتناق المولى  
مكانته دون المكاتب  
والمكاتب اذا ادعى نسب  
الولد من مكانته يثبت نسبه  
فلا أن يثبت من المولى أولى  
(فان اختارت الكتابة  
ومضت عليها أخذت العقر  
من مولاه) أى مهر مثلها  
(لاختصاصها بنفسها  
وعناقها على ما قدمنا) يعنى  
قبل فصل الكتابة الفاسدة  
بقوله لانها صارت أخص  
بأجزائها نوسلا الى المقصود

وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق أن في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخله تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لماسقط الحد ومالم يسقط الحد لا يجب العقر أمالم يظهر في الفصل الثانى لان النكاح ليس من الاكتساب فى شئ فلا تنظمه الكتابة كالكفالة قال (واذا اشتريت المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبه وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظم ما به ينوعيه كالنحو كبل فكان ظاهرا في حق المولى

**فصل** قال (واذا ولدت المكاتبه من المولى فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) لانها تلقتما جهتها حرة عاجلة ببذل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعناق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاء بالدعوة واذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاه لا اختصاصا بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر هذا بشئ لان المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم تتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه فكان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد يعتق أمه انما يكون فائدة للولد نفسه لا للدخول فيه والكلام فى الشافى ولئن سلم تعميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لأمه أيضا فقلت الفائدة أيضا انما تتحقق بالنظر الى دخوله في كتابة أمه فقط فلا ينافى كون الاول هو الوجه بل يؤيده ما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ههنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة فى الجملة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

**فصل** مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ووصلها بالذكور كذا فى الشروح (قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) قال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وكذا أولادها

بالكتابة (ثم ان مات المولى) يعنى بعد مضىها على الكتابة (عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) على ما ذكره فان قيل وجب أن لا يسقط لان الاكساب ههنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة أوجب بأن الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البذل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لا مراء أنه ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها نكاحا يبيطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهته الكتابة به فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب على تشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة على تشبه الشرط (وان ماتت هى وتركت مالا تؤدى منه مكاتبها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر

(قوله تقريره الكتابة أو جبت الشراء) أقول فيه بحث الآن يقال المراد أو جبت صحة الشراء  
(قوله سواء صدقته اذا ادعى أو كذبت له لان للمولى الخ) أقول قوله لان تعليل لقوله أو كذبت له (قوله فعملنا بالشبهين) أقول نظرنا لها

ولو ولدت ولدا آخر (وهي ماضية على الكتابة (لم يلزم المولى) بالسكوت لان نسب ولد أم الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة (٢٥٤) وباقي كلامه ظاهر والله أعلم قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) واذا كاتب المولى أم

ولده جاز لان الكتابة يتوسل بها الى ملك السيد في الحال والحريية عند أداء البدل وحاجة أم الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى

كحاجة غيره فكان جائزا لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببديل والاخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهم - ما جهتي عتق تلقاها على سبيل البديل وعورض بأن مالبة أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة فكيف يقابلها بديل متقوم وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول في أول الحال ولرفع الثاني في الثاني والملك يجوز أن يقابل ببديل متقوم وان لم يكن متقوما كذلك القصاص اذا عفا بعض الاولياء فانه يقابل حصة الاخرين بالمال (فان مات المولى عتقت بالاسياد لتعلق عتقها بموت السيد

( قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين) أقول ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الا كساب

بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي (قوله على سبيل البديل) أقول وتوارد عتقين ممنوعين

ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعى حرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعها فلومات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها في تبعها قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجته الى استفادة الحريية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما - ماله تلحقها جهتها حرية (فان مات المولى عتقت بالاسياد) لتعلق عتقها بموت السيد

التي اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة والنظر الى ذلك لا يسقط البديل وتشبه الشرط والنظر اليه يسقط ألا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاسياد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اختلف أثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلانه قد تقرر فيما مر مرارا أن العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وهما ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البديل وجهة كونها شرط تستلزم سقوطه وهما أي السقوط وعدمه متنافيان قطعاً لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وتنافي اللزومين يوجب تنافي المزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما ثانياً فلان العمل بالشبهين لو تصورهما فالتصور عند نبوت الكتابة لانها هي المشابهة لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه ينتفي حينئذ محل المشابهة بالكلمة فمعنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاسياد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط الكتابة عملا بشبه الشرط \* ثم أقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار اليه المصنف في المسئلة الآتية بقوله غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البديل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان القسح لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تأمل ( قوله واذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحريية قبل موت المولى ذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلحقها جهتها حرية) قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببديل والاخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البديل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بأن قال ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الا كساب بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي انتهى (أقول) وهو مردود بشقيه أما شقه الاول فلان صاحب العناية ان أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بأمومية الولد في اللوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم أمر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ لا يصلح أن يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علته اسقوط المنع عنه وأما شقه الثاني فلانه ان أراد بقوله فلا تنافي في قوله وان أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها بخلاف العتق بأمومية الولد فاني مجتمعان معاوان أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلق على سبيل

البديل

أقول وتوارد عتقين ممنوعين

الاجتماع على معلول واحد شخصي لا يتمتع



وسقط عنه بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط ويبطل الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة) بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والا كساب يعتق الاولاد وتخلص لها الا كساب ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن تبطل بمجرد المكاتب عن ابقاء البدل والثاني أن تبطل بانتهائه بإيقائه وبالأول يعود رقبته بأولاده وأكسابه - ولأنه الثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا ههنا إلى بطلان الكتابة تطرأ المكاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علم بطلانه بامتناع بقاءه من غير فائدة ثم علمه بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمين مختلفين لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمل فله سديد (ولو أدت المكاتب) بالنسبة إلى بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو أدت الكتابة وهو بتقديرمضاف (قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرة) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في المبسوط في المديروانما جاز كتابتهما لوجود مقتضى وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لاحقيةها وانتفاء المانع وهو عدم المناقاة كما تقدم

قال المصنف (غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد) أقول قال الانقائي (٣٥٥) لم يجز فيه الرواية المتصورة واقائل أن

يقول النظر اليها في ابقاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لافي ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم نعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت بالاستيلاء بالكتابة ولنا في قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظرا لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالاعمال الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أضافي حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد

(وسقط عنه بدل الكتابة) لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بغير فائدة غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الا كساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو أدت المكاتب قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال (وان كاتب مدبرته جاز) لما ذكرناه من الحاجة ولاننا في اذا الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق

البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال (قوله غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد) لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الا كساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه) قال صاحب غاية البيان ولقائل أن يقول النظر في ابقاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لافي ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم نعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت بالاستيلاء بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الابرار عن الشارح الزبور وأنت خير بأنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهي مكتوبة ومملوكة يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى (أقول) ليس هذا يدفع صحيح لان ملك المكاتب والمكاتب في اكسابها ما انما هو يد الارقة وهذا لا يملك التبرع فيهما وانما رقبته اكسابها ملك مولاها كرقبة أنفسهما ما لم يؤدى بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتي فقوله ومالكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها في كسبهما لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه

حكم الام لانه تابع لام حالة الولادة اه كلامه وأنت خير بأنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهي مكتوبة ومملوكة يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة) أقول امتناعه غير بين ولا بين في العقود الشرعية فكيف لها نظائر (قوله والثاني أن يبطل بانتهائه بإيقائه) أقول فيه شيء فان بالابقاء يقرر ولا يبطل والحق ان بطلان الثاني لحصول المعلول وهو العتق بعلة أخرى فالسعي في ابقائه باعده يكون سعيًا في تحصيل الحاصل وهذا هو الذي أشار إليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه) أقول وفيه انه ليس في الثاني ابقاء الكتابة مع بطلانها وكان الكلام فيه وجوابه أن عتقها كانت بامومية الولد حقيقة لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية باطالة بالابقاء نظر الها فليس الا بقاء والابطال في زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل (قوله والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمين مختلفين) أقول اذا كانتا قريبتين ولان ذلك فيما نحن فيه (قوله لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه) أقول أراد من قوله هي أولا العتق ومن قوله هي ثانيا البدل (قوله فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول وعلى هذا فقول المصنف اذا الحرية غير ثابتة فتعليل لوجود المقتضى والظاهر انه تعليل لا انتفاء المانع فانه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة به أو بكليهما (قوله وانتفاء المانع) أقول معطوف على قوله لوجود المقتضى

رقبة فلا يندفع الاستشكال بل يزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية ولنا في قوله تسلم لها الاولاد ايضا نظرا لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة ايضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد حكم الأم لانه تابع للأم حالة الولادة انتهى كلامه (أقول) هذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور هي الاولاد التي ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد في قول المصنف تسلم لها الا كساب والاولاد بقوله أي الاولاد التي اشترتها المكاتب في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في الحاجة الى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة أمثال تلك الاولاد اذا لو اعتبرت الكتابة مفسوخة ايضا في حق أمثالهم لكافوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم اذ ذلك قطعاً وقال صاحب العناية في هذا المقام ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البذل والثاني أن يبطل بانتهائه بإيفائه وبالأول يعود رقيقاً فاولاده وأكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظراً للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه (أقول) لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان كون الكتابة عقداً واحداً لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا في تحقق التناقض أموراً منها واحدة الجهة وههنا لم تحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البذل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والا كساب كما يفصح عنه قول المصنف لان الكتابة انقضت في حق البذل وبقيت في حق الا كساب والاولاد فلا محذور أصلاً وأما الثاني فلو جوه أحدها أن انتهاء الكتابة بإيفاء البذل انما هو تمامها وتقررها فجعل أحد طرفي بطلانها امماً لا يساعده العقل والنقل وثانيها أن المكاتب في مسئلتنا هذه ممن لم يقع منه ايفاء البذل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقه على ايفائه واعتباره غير الواقع واقعا بمجرد النظر لها امماً لا نظيره في قواعد الشرع وثالثها أن قول المصنف لان الكتابة انقضت في حق البذل وبقيت في حق الا كساب والاولاد ينافي المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بإيفاء تمام البذل بصير تمام الكتابة في حق البذل وفي حق الا كساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء البذل حقيقة فلا يكون لا اعتباراً انفساخ الكتابة في حق البذل وبقيتها في حق الا كساب والاولاد وجه ورابعها ان جل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي تخيله هذا الشارح لا يدفع أصل السؤال لان بطلان العقد على أي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان قطعاً اذا كانا من جهة واحدة وان صير الى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلاً ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقاءه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمين مختلفين لان للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالتأنيب فتأمل فلعلة سديد الى هنا كلامه (أقول) هذا السؤال أيضاً ليس بشيء وجوابه ليس بسديد أما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعمل بعلمين مستقلين على سبيل الاجتماع وأما على سبيل البذل فيعمل بهما قطعاً على ما تبين في موضعه والامر فيهما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلان أو أدلة كذلك فان المقصود في أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعمل به المطلوب بدلاً عن الآخر وأما الثاني فلان كون المعلل بالعلة الاولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع

قال (وان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لاقته وفي جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة) وقد أوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة ايضاح (قوله فتخير) لان في التخيير فائدة وان اتخذ الجنس (٣٥٧) لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين

أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالاً فكان التخيير مفيداً (قوله) وجب عليها أحد البدلين فتختار الأقل (قد اعترض عليه بأن الاعتناق لما لم يتجزأ عندهما اعتق كلاهما ففهمى حرة وجب عليها أحد البدلين لاعتق بعضهما به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب بأننا قد حكمنا بصحة الكتابة نظراً لها فثبتت ذلك فلربما يكون بدليها أقل فيحصل النظر بوجوبه وقوله (انه قابل البديل بالكل) لانه أضاف العقد الى ذاتها فقال كانتك على كذا والمحل قابل لها كالثقة فتصير كلاهما مكاتباً (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيسقط ما قبله من البديل والالكان ما فرضناه من الما غير سالم هذا خلف باطل وقوله (وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة) وصورته أن يكاتب عبده أولاً ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البديل بالاتفاق وهي المسئلة التي نلّي هذه المسئلة وقوله (لأنها استحققت حرية الثلث ظاهراً) أي مكشوفاً بينا لا يخفى على أحد لان إخراجها عن الملك بتغير الاعتناق غير صحيح فان

(وان مات المولى ولا مال له غيرها ففهمى بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف تسعى في الأقل منهما وقال محمد تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في ثلثي الخيار أما الخيار ففرع من جزأ الاعتناق عندهما لما تجزأ ثلثان رقيقاً وقد تلقاها جهتها حرة ببدلين مجمل بالتدبير وموئل بالكتابة فتخير وعندهما لما اعتق كلاهما بعتق بعضهما ففهمى حرة وجب عليها أحد المالكين فتختار الأقل لا محالة فلامعنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد رجه الله أنه قابل البديل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البديل بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البديل مقابل ثلثي رقيتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البديل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادته لأنها استحققت حرية الثلث ظاهراً

لان تلك الجهة أن يلزمه إبقاء البديل وقوله لا متناع إبقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة يسقط بدل الكتابة عنها وإذا أسقط عنها البديل لا يلزمها إبقاءه قطعاً فلم يكن ماذكره من توزيع التعليلين على مالها وما عليها سديداً كما لا يخفى (قوله والاعتناق عندهما لما تجزأ ثلثان رقيقاً وقد تلقاها جهتها حرة ببدلين مجمل بالتدبير وموئل بالكتابة فتخير) لان في التخيير فائدة وان كان جنس المال مخصصاً لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالاً فكان التخيير مفيداً كذا في عامة الشروح وعزاه في مخرج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام (أقول) فيه شيء وهو أن الفائدة المذكورة انما تصور في صورة أن كان البديل المجمل بالتدبير أقل من البديل المؤجل بالكتابة وأما في العكس فلا اذا لشدان أداء الأقل المؤجل أيسر من كل وجه من أداء الأكثر المجمل فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة أصلاً لتعين اختيارها الأقل لا محالة كما قال صاحباه مع ان الحكم بالخيار يتم بالصورتين عنده كما هو الظاهر من إطلاق المسئلة في الكتب بأسرها (قوله) وعندهما لما اعتق كلاهما بعتق بعضهما ففهمى حرة وجب عليها أحد المالكين فتختار الأقل لا محالة فلامعنى للتخيير واعترض عليه بأن الاعتناق لما لم يتجزأ عندهما اعتق كلاهما بالتدبير لاعتق بعضهما به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب بأننا قد حكمنا بصحة الكتابة نظراً لها فثبتت ذلك فلربما يكون بدليها أقل فيحصل النظر بوجوبه كذا في العناية أخذ من شرح تاج السريعة (أقول) في الجواب أشكال لان القول بإبقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلاهما بالتدبير يناهض قول المصنف وعندهما لما اعتق كلاهما بعتق بعضهما ففهمى حرة اذا الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة فاني بصور إبقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت المراد إبقاء حكم الكتابة لا إبقاء حقيقتها والمنافى للعربية هو الثاني دون الاول قلت لو أنبى حكم الكتابة لا يبق تأجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال في الكافي في تقريره ليل الامام بن هناد عندهما لما اعتق كلاهما بعتق ثلثه لان الاعتناق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الأصل لانه من خصائص الكتابة وبقى أصل المال عليه غير مؤجل الخ ولو أنبى تأجيلها لزم ان لا يتم قوله ما فتختار الأقل لا محالة فلامعنى للتخيير لجواز أن تختار الأكثر المؤجل لكون أدائه أيسر من أداء الأقل المجمل كما مر في بيان دليل أبي حنيفة فيكون هذا

(٣٣ - نكته سابع)

أعتقها خارج عما نحن فيه وان مات قبله فكذلك وان مات المولى عن

مال يخرج من ثلثه فقد استحققت حرية كلاهما وان لم يترك غيرها فقد استحققت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعاً

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول فيه تأمل (قوله لان إخراجها عن الملك) أقول أي لا الى مالك



(والظاهر) البين (أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلته ما يستحق حريته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة تلحق رقبته فلا يسقط منه شيء ولقائل أن يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا أدت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لانه لا يقول بنحو الاعتاق وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر انا حكمه ناصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورة قبل موت المولى نظرا له (قوله اذا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تلقفناها (٢٥٨) حرية (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة

لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) لان النفقة والجنابة على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في تلقي مال الكتابة وتلقي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على ما ذكرنا) من تجزؤ الاعتاق (وأما المقدار فتفق عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل ههنا مقابل بالكل الخ قال (واذا عتق المولى مكاتبه الخ) واذا عتق المولى مكاتبه عتق باعته لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة الى تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل

والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلته ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته ننتين ثم طلقها فلا ناعلى ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذا استحقاق عنده في شيء فاقترقا قال (وان دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وقالوا تسعى في الأقل منهما فالتخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار فتفق عليه ووجهه ما بينا قال (واذا عتق المولى مكاتبه عتق باعته) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لا تانبقى الكتابة في حقه

هو المعنى للتخيير فلا تنقطع مادة الاشكال (قوله والظاهر أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلته ما يستحق حريته) أقول لما منع أن يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والنايات في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقة ما جاز أن يحتاج الى استفادة حقيقة ما جاز فلا يلتزم المال بمقابلتها ألا ترى أنه يجب وزل للمولى أن يكاتب أم ولده بالا جاع مع استحقاقها حرية الكل قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز ال التزام المال من أم الولد بمقابلته ما يستحق حريته كلالا احتياج الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلا ن جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما يستحق حريته بعض تلك العلة بعينها اولى كما لا يخفى فليتامل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتمشى على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق أه (أقول) ذلك ساقط لانا لا نسلم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالا جاع وثبت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على أصل الامامين وهو عدم تجزؤ الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانهما استحققت حرية الثلث ظاهرا هو انها استحققتها مجازا من غير أن يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين

الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ أجاب بقوله (والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) واللزام كان لتعلق حقه فاذا رضى بالفسخ فقد أسقط حقه كالمواضع المولى أو أجزره برضاه (والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل) فانه اذا رضى به بيدل فلا بدل يكون أرضى وقوله (مع سلامة الاكساب له لا تانبقى الكتابة في حقه) اشارة الى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضيا بيدل نظر الى سلامة الاكساب له فقد تكون الاكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منه لانه وجهه ان الاكساب سالمة لا تانبقى الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر كالتحقق الواقع فيعتق باعته

قال المصنف (والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال الخ) أقول لا يتمشى على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق

(وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله فهو جائز استحسانا والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عماليس بمال) بما هو مال (لأن الأجل ليس بمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال هـ لا جعلت اسقاطا لبعض الحق لجوز لأن الاسقاط (٢٥٩) انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا ولهذا لا يجوز مثله

بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز إذا كان على مكاتب الغير ألف الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله (وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على أداء البذل إلا به فأعطى له حكم المال وبذل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس (فلم يكن) ثم (ربا) وفيه بحث لأن المال ما يتول به وهو يعتمد الأحرار وذلك في الأجل غير متصور ولأن قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى أما لفظا فلأن أعطى متعددا إلى مفعوليه بلا واسطة

(قوله لأن هذا الصلح اعتياض عماليس بمال بما هو مال) أقول أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة المتروكة (قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز) أقول أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز إلى قوله اعتياض عماليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق لأن يقال ذلك

قال (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله فهو جائز) استحسانا وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به وبقوله والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلته ما يستحق حرته هو أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلته ما يستحق حرته مجانا بخلاف ما لا يستحق حرته أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعابة فإنه يجوز له أن يلتزم المال بمقابلته ولا يخفى أن هذا المعنى يتمشى على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضا تفكر تفهيم (قوله وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عماليس بمال بما هو مال لأن الأجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا هـ كلامه وقال بعض الفضلاء أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز إلى قوله اعتياض عماليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق لأن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص هـ (أقول) ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لأن المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكره العوض فيه بالإيجاب والقبول بطريق الأصل فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما لأن ذكر العوض بطريق الأصل وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا أورد عقد الكتابة بعد عقد الأجر لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصل وقالوا خرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الأصل النكاح والطلاق والعناق على مال فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصل هـ ثم قال صاحب العناية لا يقال هـ لا جعلت اسقاطا لبعض الحق لجوز لأن الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا هـ وقال ذلك البعض من الفضلاء لوصح هذا المخرج هبة المهر المؤجل واسقاط الدين المؤجلة هـ (أقول) ليس هذا بدلا لأن المستحق في كل منهما هو المؤجل والمسقط أيضا هو المؤجل وليس هناك شرط شيء مجمل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق أصلا بخلاف ما نحن فيه فإن الخمسمائة المجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء بعضه الآخر فإن الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هـ لا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء بعضه الآخر لأن الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا لكان أظهر لأن تأخير قوله والمجمل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لأنه اعتياض عن الأجل لأن المجمل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء البعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الأجل بخمسمائة أخرى والاعتياض عن الأجل لا يجوز هـ (قوله) وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به قال بعض العلماء

على خلاف القياس بالنص لكن حيث لا يحتاج إلى قوله وإذا لم يجز ذلك فإنه إذا لم يجز أخذ المال عوض الأجل تكون الخمسمائة المتروكة بمقابلته الأجل (قوله لأن الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا) أقول لوصح هذا المخرج هبة المهر المؤجل واسقاط الدين المؤجلة وكلام العاقل يجب صونه عن الإلغاء للمكاتب يعتبر مسقطا حقه الذي هو التأجيل والمولى مسقطا بعض حقه وهو خمسمائة (قوله وقد اختلف الجنس فلم يكن ثم ربا) أقول لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول الاعتدال

وقد استعمله باللام وأما معنى فلا أنه قال الاجل في حق المكاتب مال من وجهه فان أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجهه فان الاعتدال اذ الدين مال من وجهه وان أراد حكم المال من وجهه فهو تحصيل للحاصل والجواب أن ما ذكرتم من أن المال ما يتمول به ويحزر صحيح اذا كان مالا من كل وجهه وليس مانحن فيه كذلك وانما المراد به هنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن أعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبار الاجل حكم المال فان الشيء يجوز أن يكون جهة في شيء ولا يكون معتبرا في شيء أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيا للعقد ونظر المكاتب (قوله ولان عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجهه دون وجهه لما تقدم ان له شبهة بالتعلق بالشرط فيكون من هذا الوجه عينا والاجل ربا من كل وجهه ففيه شبهة الربا وشبهة الربا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها بخلاف العقدين الآخرين لانه عقد من كل وجهه فكان ربا والاجل فيه شبهة لا شبهة الشبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمه ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الاجل) لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلمهم أن يردوه دفعا للضرر تأخير حقهم الى مضي الاجل عن أنفسهم (فان المكاتب يؤدي ثلثي الالفين حالا) وهو ألف وثلثمائة (٣٦٠) وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم (والباقي) وهو ستمائة وستة وستون درهما

وثلاثة درهم (الى أجله أو يرد رقيةا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي ألف حالا والباقي الى أجله لان له أن يترك الزائد على قيمته) ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه (وصار) ذلك (كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز لان له أن يطلقها بغير بدل) ولو قال لان له أن يترك الزيادة وثلث الالف فله أن يؤخرها مما كان أحسن فتأمل (ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة) بدل جريان أحكام الابدال من جواز المراجعة على الالفين وجواز الحبس

فأعطى له حكم المال وبذل الكتابة مال من وجهه حتى لا تصح الكفالة به فاعند لا فلا يكون ربا ولان عقد الكتابة عقد من وجهه دون وجهه والاجل ربا من وجهه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقدين الآخرين لانه عقد من كل وجهه فكان ربا والاجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم الى سنة وقيمه ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى أجله أو يرد رقيةا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى أجله) لان له أن يترك الزيادة بأن يكتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز لان له أن يطلقها بغير بدل وله ما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الابدال وحق الورثة متعلق بالبدل فكذلك بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالبدل فلا يتعلق بالبدل وتظهر هذا اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعنددهما يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى أجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا قيماراد عليه لما ينما من المعنى قال (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمتها ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثي القيمة حالا أو ترد رقيةا في قوله - جميعا) لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

فه مناقشة ظاهرة اذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صرح الكتابة المحالة فليتأمل اه (أقول) هذه المناقشة انما تظهر ان لو اردوا بنفي القدرة على الاداء الابهني القدرة الممكنة وهي أدنى ما يمكن به من الاداء وأما اذا أرادوا بذلك نفي القدرة المبسرة وهي ماوجب اليسر على الاداء كما هو

على الماطلة والاخذ بالشفعة فانما يتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالبدل فان المبدل لما كان متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جاز للريض اسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهم اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما يخير المشتري بين ادائه ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى أجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما ينما من المعنى يعني الدليل من الطرفين (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمتها ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيةا في قوله جميعا لان المحاباة في القدر) وهو اسقاط ألف درهم (والتأخير) وهو تأجيل الالف الاخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التأخير

(قوله وقد استعمله باللام) أقول يجوز أن تكون زائدة كما في ردف لكم (قوله لما تقدم ان له شبهة) أقول الاولى أن يقال لانه شرع مع المنافي كما علمه غيره (قوله فيكون من هذا الوجه عينا) أقول البين أيضا من العقود (قوله بخلاف العقدين الآخرين لانه عقد من كل وجهه) أقول وخرج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليتأمل (قوله والاخذ بالشفعة) أقول فيه شيء والامر سهل



باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم أحكام الأصل لأن الأصل في تصرف المرء أن يكون بنفسه قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم الخ) قال في الجامع الصغير وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني أن أدبت إليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتباً يعني أن هذا العقد نافذ في حق مالك العبد من حرمة البيع ونفوذه عتقه بأدائه هذا القائل وموقوف على إجازته فيما عليه من لزوم البذل لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على إجازته من له الإجازة فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتباً لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا إذا أجاز بعد العتق (٢٦١) وقال بعضهم هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أني أن أدبت إليك ألفا فهو حر فأدى عتق استحساناً وفي القياس لا يعتق لأنه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد مقدم وقوف لما مر وجه الاستحسان أنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الألف على العبد وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب (ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد) لأنه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسألة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحساناً وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة إذا كوتبت

باب من يكاتب عن العبد

قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب) وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني أن أدبت إليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتباً لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ولو لم يقل على أني أن أدبت إليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياساً لأنه لا شرط والعقد موقوف على إجازة العبد وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الألف على العبد وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب (ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد) لأنه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسألة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحساناً وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة إذا كوتبت الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن البسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لأنه يخرج عن يد المولى مطلقاً فيمتنع الناس غالباً عن اقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جداً بدون الاجل وان أمكن في الجملته على ان المصنف وأضرابه لم يتشبهوا في تعليق صحة الكتابة بالحالة عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابية عقد معاوضة والبذل معقوده فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وان مبني الكتابة على المساهلة فيمهل المولى ومنى امتنع من الاداء في الحال برد الى الرق اه فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صحت الكتابة بالحالة فتدبر والله أعلم

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم

البذل لا يرجع على العبد لأنه متبرع حيث لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في أدائه وهل له أن يسترد ما أدى إلى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه الخ) إذا قال العبد لمولاه كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جازاً استحساناً وفي القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبده غيره أو زوج أمته وأمة غيره وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة إذا كوتبت

باب من يكاتب عن العبد

(قوله ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها) أقول كان لا يظهر أن يقول بالتبعية وإنما عدل عنه لملاحظة عنوان الباب (قوله فان بيع الفضولي يتوقف على إجازة المجيز فيماله) أقول كسبوت المثلثة

دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البذل شيء فان قيل ليس ما نحن فيه كالمشهد بها الان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لو أعتق الاولاد لم يسقط من البذل شيء وتعتق الاولاد اذا أعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد اليهما مقصوداً حتى ان المولى اذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يمتنع العبد الغائب واذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكتوبة ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجهه بلا توقف فالجواب ان ما ذكرنا يجوز ان يكون وجه القياس وأما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة اصالة أو لا تصحح العقد ونظر المكتاتب ولا شتماله على المسامحة واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أي فله المولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البذل لان البذل عليه لكونه أصلاً فيه ولا يكون على الغائب من البذل شيء لانه تبع فيه وهذا يدل على ان النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الاصل في انعقاد العقد عليه (قوله وأيهما أدى عتقا) تكرار لانه قال في أول المسئلة فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا لكانه أعاده تمهيداً لقوله (ويجبر المولى على القبول أما الحاضر فلان البذل عليه وأما الغائب ف) القياس فيه أن لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من البذل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة (لانه ينال شرف الحرية وصار كغير الرهن اذا أدى المرتهن) لفكالك عنه (يجبر المرتهن على القبول لاجته الى استخلاص عنه وان لم يكن الدين عليه وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى ديناً عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطرب اليه) ومثله أيضاً لا يرجع فان قبل الغائب ههنا كغير الرهن (٣٩٣) ومغير الرهن مضطرب ولهذا يرجع على المستعير بما أدى فكيف قال غير مضطرب اليه فالجواب

أنه كهو في حق جواز الاداء من غير دين عليه لافي الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية أن تحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لولم يؤد فكان مضطراً أوجب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به (وليس للمولى أن

دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البذل شيء واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذ بكل البذل لان البذل عليه لكونه أصلاً فيه ولا يكون على الغائب من البذل شيء لانه تبع فيه (قوله وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلان البذل عليه وأما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البذل عليه وصار كغير الرهن اذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لاجته الى استخلاص عنه وان لم يكن الدين عليه (قوله وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لان الحاضر قضى ديناً عليه والغائب متبرع به غير مضطرب اليه قال (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء) لما بينا (فان قبل العبد الغائب أولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال (واذا كانت الامنة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الاولى

بأخذ الغائب بشيء لما بينا) انه فيه تبع (فان قبل العبد الغائب ذلك أولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر لرده وقبوله في ذلك (لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذ بشيء من بدل الكتابة (كن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الامنة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز) وانما وضع المسئلة في الامنة اشارة الى أن الحكم في العبد والامنة سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليها فلا يجوز ذلك في الامنة لعدم ولايتها اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف بالامنة (وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الاولى) وذلك ان الام اذا أدت فقد أدت ديناً على نفسها وكل من الولدين ان أدى فهو متبرع غير مضطرب وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان أحدهما اذا أدى كان أدائه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو أدت الام عتقوا فكذا اذا أدى أحدهما قيل وهذه فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى

(قوله وأما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة اصالة أو لا تصحح العقد) أقول قوله تصححاً فانظر الى قوله فالنظر والضمير في قوله فيه راجع الى البعض (قوله ولا شتماله على المسامحة) أقول عطف على قوله تصححاً (قوله في انعقاد العقد عليه) أقول الضمير في قوله عليه راجع الى الغائب في قوله ولا يكون على الغائب من البذل شيء (قوله فان قيل حق الحرية الى قوله أوجب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به) أقول الضمير في قوله بأنه راجع الى قوله حق الحرية والضمير في قوله به راجع الى قوله متوهم (قوله وكل من الولدين ان أدى الخ) أقول الظاهر أن يقال وكلا

(قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا ن يجوز في حق ولدها لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي أولى وأقول لعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ (٢٦٣) أن ثبوت الجواز ههنا قياس

واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق والله أعلم

وهي أولى بذلك من الاجنبي

### باب كتابة العبد المشترك

قال (واذا كان العبد بين رجلين اذن أحدهما صاحبه أن يكتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة وقالاهو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما)

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا كان العبد بين شر يكتن الخ) اذا اذن أحد الشر يكتن لصاحبه أن يكتب نصيب نفسه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة وقالاهو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما

باب كتابة العبد المشترك

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين) أقول الاظهر ان يقال ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد فتدبر وانما قلنا الاظهر ذلك لان مقصود الباب بيان حال (قوله واذا كان العبد بين

أحكام الاصل لان الاصل في تصرف المرء أن يكون لنفسه (قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا ن يجوز في حق ولدها أولى لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك وأقول لعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق اه (وأنا أقول) أرى ان الحق خلافه وهو أن يكون ثبوت الجواز ههنا أيضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام فاضل خان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى أن ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان أراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابع بالام في الكتابة مطلقا كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس يتم لان تبعية الولد لالام في الكتابة مطلقا انما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في حال الكتابة لافي الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا ولا شك أن وضع مسئلتنا هذه في كتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية المطلقة وأما التبعية الحاصلة بالضم اليها في عقد الكتابة فتل هذه التبعية متحققة في المسئلة الاولى أيضا بل تفاوت كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا لانهم اجعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاء على ما بينا في المسئلة الاولى اه مع ان ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان أراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتبه على أولادها كتبوتها على نفسها فليس يصح ان قد صرحوا فاطبة بأن الام الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالامة وقالوا ههنا هو السر في وضع هذه المسئلة في الامة اذ لو وضعها في العبد لم يمتوهم أن الجواز لثبوت ولاية الاب عليها فلا يعلم تساوى العبد والامة في حكم هذه المسئلة

### باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد (أقول) الوجه الاول هو الراجع لان الوجه الثاني لا يمتشي في المسئلة الاولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة رحمه الله بخلاف الوجه الاول تأمل تقف (قوله واذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح وفي بعض النسخ بين شر يكتن وهي أولى اه (أقول) وجه الاولوية أن حكم هذه المسئلة يتم

كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحدا كما في المسئلة الاولى على مذهب أبي حنيفة أو اثنين شر يكتن) أقول اي بين رجلين



واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما كالاتفاق لانها تفيد الحرية من وجهه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما تكون فائدة انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بأن الكتابة اما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشر يكتفي بغير اذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ فنأين للكتابة ذلك وأجيب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ بمعنى بوجبه وهو الحاق الضرر ببطالان حق البيع للشر يك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بتراضيه ما فسخ المقتضى وانتفى المانع وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاتفاق والتعليق وان كان فيه ماضر لكن المحل لا يقبل الفسخ أما الاعتاق فظاهر وأما التعليق فلانه عين (قوله واذنه بقبض البذل) بيان (٣٦٤) اختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا أذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالاداء

وأصله ان الكتابة تجزأ عنه خلافا لهما بمنزلة الاعتناق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه  
عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البديل اذن  
للعبء بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه  
اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك  
بينهما فيبقى كذلك بعد العجز

ما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شريك بين ينظم الكل  
لما يجعل الشريك فعلا بمعنى مفعول من شر كذا في كذا فان كلاما من المتشاركين في أمر شارك فيه  
ومشركه والفعيل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث أو بصيغة لفظ الشريك من عداد  
الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جمعوا التوابع جمع تابع من هذه الحينية  
فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية لما أخذ بنسخة بين شر يكن حيث قال قال  
واذا كان العبد بين شر يكن فسر بعض الفضلاء قوله شر يكن برجلين حيث قال أي بين رجلين  
(أقول) هذا أمر عجيب اذ لا شك أن حكم هذه المسألة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين  
فتخصيص لفظ يتحمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه له ههنا أصلا ولو فسر لفظ رجلين  
في نسخة بين رجلين بالشر يكن مطلقا فعليه بالذكور على الاناث لكان له وجهه واجبه لاقتضاء المقام  
اياء فكيف بالعكس (قوله وأصله ان الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعناق لانها تفيد الحرية  
من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذ لم يأذن)  
قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تتجزأ عنده خلافا لهما  
كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشرار في الكتابة

من الكسب اليه فيصير  
الاذن متبرعا بنصيبه من  
الكسب عليه أى على  
المكاتب فلهذا كان كل  
المقبوض له ويجوز أن  
يكون ضمير عليه للعبد أى  
فيكون الاذن متبرعا  
بنصيبه على العبد ثم على  
الشريك فاذا تم تبرعه  
بقبض الشريك لم يرجع  
فان قيل المنبرع يرجع  
بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده  
من التبرع كمن تبرع بأداء  
الدين عن المشتري ثم هلك  
المبيع قبل القبض أو  
استحق فان له الرجوع  
لعدم حصول مقصوده من  
التبرع وهو سلامة المبيع  
للمشتري أحب بأن

المتبرع عليه هو الكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من  
كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لو جوب دين المتبرع فثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل  
مقصوده وله ما أن الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل اذ لم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف وهو أى البدل بينهما  
والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كالمالك لو كان عبدا فعجز وفي يده من الاكساب وكان المصنف مال الى قوله ما حدث آخره

(قوله والاذن لا يفيد) أقول أى على مذهبهما (قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى بوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشرى بالسالك بالكتابة) أقول قوله هو فى قوله وهو ولاية الفسخ راجع الى قوله حكم وقوله ببطلان متعلق بقوله الضرر وقوله للشرى متعلق بقوله الحاق وقوله بالكتابة متعلق بقوله الحاق أيضا (قوله فتحقق المقتضى) أقول به فى الحاق الضرر (قوله وانتفى المانع) أقول بمعنى عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ضرر) أقول فلم يتحقق فيها المقتضى (قوله أما الاعتاق فظاهر وأما التعليق فلا نهين) أقول فلم ينتف فيه المانع (قوله وهو أى البدل) أقول أو العقد أو المكاتب ويؤيده قوله وقالاهو مكاتب بينهما (قوله وكان المصنف مال الى قولها حيث آخره) أقول فيه كلام لانه أبى عنه ترجيح قول أبى حنيفة فى كتاب الاعتاق

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فاجأت بولد فادعاه أي صحت دعوته وثبت نسبه ثم ووطئها الآخر فاجأت بولد فادعاه أي صحت دعوته أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد كلاهما الأول بطريق التبين لأنه لما ادعى أحدهما الولد الأول صحت دعوته لقيام الملك له فيه (٢٦٥) وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن

الاستيلاء في المكاتبه  
يخبراً عند أبي حنيفة رحمه  
الله لأنه لا وجه لتكميل  
الاستيلاء إلا بتلك نصيب  
صاحبه والمكاتبه لا تقبل  
النقل من ملك إلى ملك  
فتقتصر أمومية الولد على  
نصيبه كما في المدبرة المشتركة  
فإن الاستيلاء فيها يتجزأ  
بالإتفاق والجامع أن كلا  
من المكاتبه والتدبير يمنع  
الانتقال من ملك إلى ملك  
ولا وجه لفسخ المكاتبه  
لأن المكاتبه قد ترضى  
بجربة عاجلة بجهة المكاتبه  
ولا ترضى بجربة آجلة بجهة  
الاستيلاء فإذا لم يتم بعض  
الفسخ منفعلة لا تنفسخ إلا  
بفسخ المكاتبه وإذا ادعى  
الثاني ولدها الآخر صحت  
دعوته لقيام ملكه ظاهراً  
وإنما قيد بقوله ظاهراً لأن  
الظاهر أن غرضي على  
كتابتها فكان ملكه باقياً  
نظراً إلى الظاهر ثم إذا عجزت  
بعد ذلك جعلت المكاتبه  
كان لم تكن وتبين أن  
الجارية كلها أم ولد للأول  
لأنه زال المانع من الانتقال  
وووطئ سابق ويضمن  
نصف قيمته لأنه تلك نصيبه

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فاجأت بولد فادعاه ثم ووطئها الآخر فاجأت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له لأن المكاتبه لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت المكاتبه مكان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال وووطئ سابق (ويضمن نصف قيمتها) لأنه تلك نصيبه لما استكمل الاستيلاء (ونصف عقرها) لو طئها جارية مشتركة (ويضمن شريكه كالعقرها وقيمة الولد

وإنما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه اه كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة أي على مذهبهما اه (أقول) هذا خبط ظاهر لأن الاذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبهما قطعاً لا يرى إلى قوله ما في تعليل مذهبهما في هذه المسئلة أن الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز اه ولعل قوله على مذهبهما وقع سهواً من قلم الناصح وكان الصحيح على مذهبه ثم إن صاحب العناية بعد أن شرح دليلي الطرفين في هذه المسئلة بالتام قال وكان المصنف مال إلى قوله ما حيث أخره اه وقال بعض الفضلاء فيه كلام لأنه بأبي عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق اه (أقول) الذي مر في كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبي حنيفة في مسئلة العتاق ترجيحاً في مسئلة الكتابة ممنوع سيما إذا كانت كتابة أحد الشرعيين بآذن الآخر كما نحن فيه فنأين يثبت الأب والولن سلم الاستلزام بناء على كون الأصل في كتابة المسئلتين هو التجزؤ وعدمه فترجح قوله هناك لم يكن بالتصريح به بل انما هو من تأخير دليله في البيان وقد عكس الأمر ههنا ففهم منه ترجيح قولهم الاحتمال وما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على الرجوع عن الأول كما هو المخاص في أمثال هذا فلا محذور تدبر (قوله ويضمن شريكه كالعقر وقيمة الولد) قيل ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذلك لا ينهأ وأجيب بأن هذا على قولهم ما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ (أقول) يعني أن هذا الجواب ليس بشئ لأن ما ذكره المصنف فيما سياتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول أبي حنيفة ينافي هذا الجواب قطعاً ثم قال صاحب العناية وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوماً على أحدهما فكان حراً بالقيمة انتهى وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا تقوم لما يمت انتهى (أقول) لا ضير في مخالفة ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد فإنه وإن أسلفه هناك تبعاً لصاحب النهاية إلا أن المصنف صرح هناك بتحقيق

(٣٤ - تكمله سابع) لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لو طئها جارية مشتركة ويضمن شريكه كالعقرها فيكون النصف بالنصف قصاصاً ويبقى للأول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد

(قوله أي صحت دعوته وثبت نسبه) أقول فيه بحث (قوله أي صحت دعوته أيضاً) أقول فيه بحث أيضاً (قوله لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبه) أقول دون أن تعجز نفسها على ما هو المفروض في وضع المسئلة

ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة أما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فانه منزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما  
 ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف وأما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطئ أم ولد الغير حقيقة  
 فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد الاول عند أبي حنيفة لان حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذلك لا يضمنها  
 أحبيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشئ وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون  
 الولد متقوما على أحدهما فكان حر بالقيمة وأيهما دفع العقر الى المكاتبه يعني قبل العجز جاز لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض  
 لها لا اختصاصها بمنافعها وأبدائها اذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف  
 ومحمد هي أم ولد الاول وهي مكاتبه ويعتق بأداء البدل الى الاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولده لان  
 أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن لان الاستيلاء طلب الولد وأنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ فكذلك ما ثبت به وللهذا لا يكمل  
 في القنة بالاجماع وقد أمكن ههنا بفسخ (٣٦٦) الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ تكملا للاستيلاء لا سيما لا تتضرر به المكاتبه وهو

أمومية الولد لانه لا ضرر لها  
 فيما بل لها فيه نفع حيث لم  
 تنق محلا لا ابتذال بالبيع  
 والهبة وتبقى الكتابة فيما  
 وراه محلا أي فيما وراه مالا  
 تتضرر به وهو كونها أحق  
 بأكسابها أو أكساب ولدها  
 (قوله بخلاف التدبير)  
 جواب عن قياس أبي حنيفة  
 المتنازع فيه على المدبرة  
 المشتركة ووجهنا أن نقد قلنا  
 ان أمومية الولد تستكمل  
 ما أمكن ولا إمكان ههنا لان  
 التدبير غير قابل للفسخ فاذا  
 استولد الشريك الثاني بعد  
 استيلاء الاول المدبرة  
 المشتركة بينهما صح استيلاؤه  
 (قوله وبخلاف بيع  
 المكاتب) قيل هو جواب  
 عما يقال ههنا ففسختم  
 الكتابة في ضمن صحة

ويكون ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه  
 حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيهما دفع العقر  
 الى المكاتبه جاز) لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لا اختصاصها بمنافعها وأبدائها اذا عجزت  
 ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذي ذكرنا (كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد  
 هي أم ولد الاول ولا يجوز وطء الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولده لان أمومية الولد  
 يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به  
 المكاتبه وتبقى الكتابة فيما وراه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في  
 تجوزها بطلان الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا

الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في تقوم أم الولد أيضا حيث قال وان ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري  
 فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى والمحجب بهذا الجواب  
 الثاني انما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهو الم يذكرا في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين  
 عن أبي حنيفة في حق أم الولد وأما صاحب العناية فليس يعجب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل  
 محض فلا ينافي ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال ههنا قلتم  
 بفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاء  
 ووجه الجواب أن في تجوز البيع ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو أبطناها  
 تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح في جمل  
 مراد المصنف بكلامه ههنا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بفان قيل  
 قلنا ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى الكلام المصنف ههنا بقيل قال ويجوز أن يكون بيانا  
 لقوله وتبقى الكتابة فيما وراه فان البيع وراه لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت

البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاء ووجهه ان في تجوز البيع ابطال الكتابة انتهى  
 اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو أبطناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز أن يكون بيانا  
 لقوله وتبقى الكتابة فيما وراه فان البيع وراه لا يتضرر به وان كان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت

(قوله ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر) أقول أي ما ذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر الى الظاهر  
 والحقيقة (قوله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه) أقول سبق في هذه الكراسة ان الاوصاف الفارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد  
 (قوله وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على أحدهما) أقول هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع  
 الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فانفتحت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم  
 لما بينها قال المصنف (وبخلاف بيع المكاتب) أقول هذا جواب عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبه المفروضة من ملك الثاني  
 الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع



(قوله واذا صار لكاهن ولد له) متصل بقوله صارت كاهن أم ولد له وتفسيره انه لما ادعى الاول صارت كاهن أم ولد له واذا صار لكاهن أم ولد له فالثاني وطى أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما دليل ما ذكره أبو حنيفة انها تبقى مكاتبة بينهما متضرر به للاجتماع على ما ذكرناه ولا حد على وطء مكاتبة ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين وقوله (واذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه ونقـريره وتبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كاهن مكاتبة له أي للاول قيل هو جزاء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنسخ الا في حق التملك ضرورة تكيل الاستيلاء والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله (وفي ابقائه) يجوز أن يكون جوابا عما يقال الكتابة تنسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنسخ ووجهه ان في ابقاء عقد (٣٦٧) الكتابة في حق نصف البدل نظرا

للولي وان كانت لا تتضرر المكاتبة بسقوطه فربحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ (والمكاتبة هي التي تعطى العقر لا خصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا) في تعليل قول أبي حنيفة قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف اذا كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه التي تعطى العقر لا اختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا) في تعليل قول أبي حنيفة قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف الخ) اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابا واحدة ثم اعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار

واذا صار لكاهن أم ولد له فالثاني وطى أم ولد الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كاهن مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل ويجب كل البدل لان الكتابة لم تنسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لا اختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما ما يجب أقلهما انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه (أقول) أنت خير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبة الى قوله فلا تردد بينهما ما يجب أقلهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابا واحدة ثم اعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما ما يجب أقلهما

وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما ما يجب أقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلماذا أوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه

(قوله انها تبقى مكاتبة بينهما) أقول مخالف لقوله وهي مكاتبة له (قوله قيل هو جزاء اذا بقيت) أقول قوله هو راجع الى قوله قيل (قوله على ما بينا) أقول يعني في شرح قوله ويبقى فيما وراءه (قوله في تعليل قول أبي حنيفة) أقول فيه بحث والاولى أن يقال في تعليل القولين

قال (واذا كان الثاني لم يطاها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لأنه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لان المستولدات كلها قبل العجز وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه بالعجز تبين أنه تلك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر قال (وهي أم ولد الاول) لأنه تلك نصيب شريكه وكل الاستيلاء على ما بينا (وبضمن لشريكه نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لأنه تلك نصفها بالاستيلاء وهو تلك بالقيمة (والولد الاول) لأنه صحت دعونه لقيام المصحح

(واذا كان الثاني لم يطاها  
واكن دبرها ثم عجزت بطل  
التدبير لعدم مصادفه  
الملك أما عندهما فظاهر  
لان المستولدات كلها قبل  
العجز وأما عنده فلا نه  
بالعجز تبين أنه تلك نصيبه  
من وقت الوطء فتبين أنه  
أي التدبير (مصادف ملك  
غيره والتدبير يعتمد الملك)  
فلا يصح بدونه (بخلاف  
النسب) فإنه ثبت من الثاني  
ان وجد الوطء منه (لأنه  
يعتمد الغرور) لا الملك (وهي  
أم ولد الاول لأنه تلك نصيب  
شريكه وكل الاستيلاء  
على ما بينا) يعني في تعليل  
قول أبي حنيفة وهو قوله  
وتبين ان الجارية كلها  
أم ولد الاول لأنه زال المانع  
من الانتقال (وبضمن  
لشريكه نصف عقرها  
لوطئه جارية مشتركة  
ونصف قيمتها لأنه تلك  
نصفها بالاستيلاء وهو  
تلك بالقيمة والولد  
الاول لأنه صحت دعونه  
لقيام المصحح) وهو الملك  
في المكاتبه

لأنه متيقن قال صدر الاسلام ولأنه لو بقي من البذل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها  
أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد  
وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الانصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب  
المشتركة إذا اعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف  
يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبه وعلى قياس قول محمد يضمن الاول الأقل من نصف قيمتها  
مكاتبه ومن نصف ما بقي من البذل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العناية (أقول) هذا شرح  
فاسد وتحرير مختل أما أولاً فلا نل قوله إذا كاتب الرجلان عبدًا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق  
أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبه عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا خبط  
فاحش إذ قد صرح في عامة المعنرات حتى الهداية نفسها فيما سمي أي بعد نصف صفقة بأن قول أبي  
يوسف في تلك المسئلة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبان كان موسرا ويستسمى  
العبدان كان معسرا بناء على أنه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن المجائب قول صاحب  
العناية في الاستدلال على قول أبي يوسف في تلك المسئلة أنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار  
والاعسار إذ لا يشترطه على أحد أن ضمان الاعتاق ضمان افساد التملك لا ضمان التملك أولم يرقول  
صاحب الكفاية بعد شرح قول المصنف هنا أنه ضمان تلك فأما إذا اعتقها أحدهما أولاً كان هذا  
ضمان افساد الملك وأما ثانياً فلا نل قوله هذا قولهما في المكاتب المشتركة إذا اعتق أحدهما نصيبه  
بدل على أن ما ذكره فيما قبل بأسره كان في حق المكاتب المشتركة إذا اعتق أحدهما نصيبه مع  
أن مانعه عن صدر الاسلام فيما قبل صريح في أنه في حق المكاتب المشتركة إذا تملكها أحدهما  
بالاستيلاء وأما ثانياً فلا نل لأنه صرف القياس في كلام المصنف هذا إلى قول أبي يوسف ومحمد معاجبت  
قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف  
قيمته مكاتبه وعلى قياس قول محمد يضمن الاول من نصف قيمته مكاتبه ومن نصف ما بقي من البذل  
انتهى مع ان كلام المصنف في المقيس عليه وهو مسألة الاعتاق على ما سمي أي صريح في أن محمد مع  
أبي يوسف هناك في أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتباً إذا كان موسرا دون الأقل منها  
ومن نصف ما بقي من البذل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز أن يكون عن محمد  
روايتان في مسألة اعتاق أحد الشريكين المكاتب المشتركة بينهما أحدهما ما ذكره المصنف فيما  
سماي والآخرى ما وافقه قياس ما ذكره في مسألة الاستيلاء وبديل عليه ما ذكره في بعض الكتب المعتمدة  
كالكا في البدائع فان المذكور فيهما في مسألة الاعتاق على قول محمد هو الرواية الأخرى وهي ضمان  
الأقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لكن كلامنا في عدم مساعده كلام المصنف  
نفسه لصرف القياس الذي أقبحه في لفظ الجامع الصغير هنا إلى قولهما معا \* ثم أقول الوجه  
عندي أن يكون مراد المصنف هنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسألة الاستيلاء على

( وهذا قولهم جميعا ) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للبرقي ملكا فلا يصح تدبيره وقد ذكرنا ايضا من قوله ( ووجهه ما بينا ) أي في تعليل القولين أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا أن نفا من قوله وتبين ان الجارية الخ وأما طرفه ما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده الخ ( وان كانا كاتباهما ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليها لانها الماعزرت وردت في الرق صارت كأنها لم تزل قنة والجواب فيه ) أي في اعتناق أحد الشريكين القن ( على هذا الخلاف في الرجوع ) فان عند أبي حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع عليه ( وفي الخيارات ) عند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ( وغيرها ) يعني الولاء وترديد الاستسعاء فان عند أبي حنيفة ان أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما ما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق في الوجهين جميعا وأما ترديد الاستسعاء فانهم لا يريان الاستسعاء ( ٢٦٩ ) مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا

يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا سعى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة رضي الله عنه يراه ( كما هو مسألة تجزؤا لاعتناق كما تقرر في العناق ) هذا اذا عجز ( وأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة ) خلافا لهما وهو واضح ومبينه أيضا على تجزؤا لاعتناق وذلك ( لان الاعتناق لما تجزأ عنه لم يظهر افساده نصيب الساكت ما لم يعجز فان أثره حينئذ أن يجعل نصيب الساكت كالمكاتب وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما هو جب ذلك في القنة فيوجب الضمان

وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال ( وان كانا كاتباهما ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليها ) لانها لما عجزت وردت في الرق نصير كأنها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسألة تجزؤا لاعتناق وقد قررناه في الاعتناق فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة لان الاعتناق لما كان يتجزأ عنه كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكتوبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبه ان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمان اعتناق فيختلف باليسار والاعسار قال ( واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء أعتق وان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله )

قياس قوله في مسألة الاعتناق وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسألة يرشد الى هذا المعنى قطعاً أسلوب تحرير المصنف حيث قال في قياس قول أبي يوسف وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في الاول وحذفه في الثاني تدبر ترشد ( قوله وهذا قولهم جميعا ) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للبرقي ملكا فلا يصح تدبيره كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى ( أقول ) يمكن الفرق بأن وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار

( وعندهما لما لم تجزأ يعتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتبه ان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمان اعتناق فيختلف باليسار والاعسار ) قال ( واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ ) واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان المدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتناقه وان كانت المسألة بالعكس من ذلك وهو ان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق وهذا عند أبي حنيفة

( قوله وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة ) أقول فيه أنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل ( قوله لان الاختلاف ) أقول يعني بين أبي حنيفة ومالك ( قوله وغيرها الخ ) أقول معطوف على قوله وفي الخيارات وقوله وفي الخيارات معطوف على قوله في الرجوع ( قوله يعني الولاء وترديد الاستسعاء ) أقول فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد المعتق قال المصنف ( واذا كان العبد بين رجلين ) أقول ليست المسألة من كتابة العبد المشترك وانما ذكرها استطرادا



ووجهه ان التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر اسد باب النقل عليه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله الاعتاق والاستسعاء فإذا أعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه اسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية أيضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبر الان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمة تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وما أشبهه في كونه خروجاً عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعاً بالمنافع كالاجارة والعارية والوطء والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاء والتدبير والاعتاق على مال والفائت من ذلك النوع الاول فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يملك شيئاً بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبراً وأبق فانه يضمنه ولا يملكه فكان ضمان حيولة بين المالك والمملوك (٢٧٠) لضمان تملك وان أعتقه أو لا يعني المسئلة الثانية كان لا خيار الخيارات

الثلث عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان المعتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما هو فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين لانه مباشرة التدبير يصير مبرئاً للمعتق عن الضمان لمعتق وهو ان نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقاً بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فهناك كان نصيبه مدبراً عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطاً بتمليك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتملك اذا كان المحل وقت الاعتاق قابلاً للتمليك كما اذا أعتق أولاً أو غصب القن فبات أو أبق وأما اذا لم يكن المحل قابلاً له وقت الاعتاق كما اذا تقدم

ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر فثبت له خيار الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبر الان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يملك بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبراً وأبق وان أعتقه أحدهما أولاً كان لا خيار الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقى خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسي (وقال أبو يوسف ومحمد اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل) لانه لا يتجزأ عندهما فتملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً) لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قن لانه صادف التدبير وهو قن (وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لان الاعتاق لا يتجزأ فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو بعينه (ويضمن نصف قيمته ان كان موسراً) وبسعي العبد في ذلك ان كان معسراً لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما والله أعلم

#### باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

الاداء فالتدبير بينهما يجب أقلهما وهذا الوجه غير متش فيما اذا لم تبق الكتابة لان كون حق شريكه في نصف البذل على اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء الكتابة وأما بعد ذوالها فيصير ما أدته الى شريكه بعزله العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن أداء تمام البذل فانفخت الكتابة فينشد بتعين حق شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمته بالاتفاق فليتامل انتهى

#### باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

التدبير فالضمان يتعلق بعجزه الحيولة بين المالك والمملوك لا بالتملك فاذا اعترض ضمان الحيولة على ما تعلق تأخير بالتملك سقط الضمان لفوات شرطه فصار مفوت الشرط بتفويت مبرئاً لصاحبه عما لزمه وبقى له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسي وقال أبو يوسف ومحمد اذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قن لانه صادف التدبير وهو قن وان أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فعتق كله وكلامه فيه ظاهر

#### باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

(قوله فاذا دبره الى قوله وهو ان نصيبه كان قنا) أقول الضمير في قوله نصيبه والضمير المستقر في قوله دبر راجعاً الى قوله لا آخر في قوله لكان لا خيار الخيارات الثلاث

#### باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهراً المناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة قال (واذا عجز المالك عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة وان عجز المالك عن نجم (نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يجعل بتعجزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظراً للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كالمهال الخصم للدفع) فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة أنه يؤخر يوماً ويومين وثلاثة لا يزداد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهم السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قد مر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كالمهال يعني اذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلني يوماً أو ثلاثة أيام فانه مهمل ولا يزداد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجزه وعجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي (٢٧١) رضى الله عنه اذا توالى على المالك

نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط) فلا يوجد دونه ولقائل أن يقول هذا استدلال بفهم الشرط وهو ليس بناهض لانه يفيد الوجود فقط والجواب ما أشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا يستل عنده أحدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق (ولان عقد الكتابة عقد ارفاق) مبناه على المسامحة (حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة ارفاقه وأولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان) فان مضى النجم الثاني ولم يؤد المال تحقق العجز عن

قال (واذا عجز المالك عن نجم) ثم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يجعل بتعجزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظراً للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كالمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزداد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجزه وعجزه وفسخ الكتابة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رضى الله عنه اذا توالى على المالك نجمان رد في الرق علقه به هذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسار أو اولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجمهم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضياً بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها الا مكان الاداء فلم يكن تأخيراً

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهراً المناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها (قوله والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كالمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب العناية والمديون بالجر عطف على كالمهال (أقول) هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعاً لاشك أن المديون معطوف على الخصم والمعهني وكالمهال المديون لاجل القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه شيء وهو أن دليلهما هذا لا يمتشي في صورة ان عجز عن أداء آخر النجوم التي توافقه عليه بعد ان أدى سائر النجوم بأسرها اذا لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند أمهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدي نجماً واحداً في ضعف مدته ولا ريب انه أسره كما قال أبو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لانسلم هذه الشرطية انتهى (أقول) ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذا نظر ان من في قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبر ان في قوله لان فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى

أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها العاقدان (ولهما أن سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لان من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز وهذا) أي كون العجز سبباً للفسخ (لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجمهم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضياً بدونه) والضمير في يفسخ يجوز أن يكون للمولى أي فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضياً وأما ان يكون للقاضي أي فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضياً بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المالك اذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان (بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها الا مكان الاداء فلم يكن تأخيراً)

(قوله والمديون بالجر عطف على قوله كالمهال) أقول فيه مسامحة لظهور انه معطوف على الخصم (قوله يعني اذا ثبت) أقول يعني باقرار المدعى عليه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله قال المصنف (لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لانسلم هذه الشرطية

(قوله والا) نارمته عارضته جواب عن استدلاله بأثر على رضى الله عنه وبيان ذلك انه روى عن ابن عمر ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الاستدلال بها عارضته وجعلنا التار يخ تساقطت وبصار الى ما بعد ما من الحجة فيبقى ما قاله من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سماعا عن المعارض لان دليل أبي يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال (فان أدخل بنجم عند غير السلطان) المراد بالاختلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي انفق قاعلي تعيينه في أدائها اذا أدخل به ذاللتعيين بنجم عند غير السلطان أى القاضى (فج) رفرده مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تنسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى وان لم يرض به العبد (٢٧٣) لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده

(نام) ايس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك (ففسخه يحتاج الى الرضا أو القضاء كالردي بالعيب بعد القبض) وقد تقدم ان فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء وجهها ان هذاعيب تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء وتام العقد قد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فشبه به هذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهذا ينقرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق لا تنسخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه (وانما قال ظهر لان كسبه كان موقوفا عليه أو على مولاه) لانه ان أدى بدل

والا نارمته عارضته فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها قال (فان أدخل بنجم عند غير السلطان فعجز ففرده مولاه برضاه فهو جائز) لان الكتابة تنسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى (ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالردي بالعيب بعد القبض قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق) لا تنسخ الكتابة (وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه) لانه ظهر أنه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعقده في آخر جزئه من أجزائه حياته وما بقى فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه أخذ علماء الشافعي رحمه الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه

تكون الجملة شرطية (قوله والا) نارمته عارضته فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأثر على رضى الله عنه بأن الاثر المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها أى بالاستدلال لان الاستدلال بها عارضته وجعلنا التار يخ تساقطت فيصار الى ما بعد ما من الحجة فيبقى ما قاله من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سماعا عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في عامة الشروح (أقول) هنا اشكال لان ما قاله من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب الاصول عند بيان انحصار الأدلة الشرعية في الاربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا أيضا حيث قال ان الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس الى ما بعد ما من الدليل وهو القياس انتهى وقد تقررت في الاصول أيضا ان القياس لا يجري في المقادير وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا وما روي بناء من حديث ابن عمر كالمروى عن النبي عليه الصلاة والسلام لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس انتهى فاذا تعارضت الاستدلال بها عارضته وتساقت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقررت في الاصول والفروع فكيف ينتهض ما قاله من الدليل المعقول الذي مرجعه الى القياس حجة له ما في اثبات ما ذهب اليه في جواب هذه المسئلة فليستأمل (قوله وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه)

الكتابة فهو له والا لمولاه (وقد زال التوقف) قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعقده في آخر جزئه من أجزائه حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهما (وبه أخذ علماء الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه)

(قوله لان دليل أبي يوسف) أقول يعنى دليل المعقول (قوله وتام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول ومن جملة أحكامه الحرية رقبة عند الاداء



واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت بعد المات مقصودا أو قبله أو بعده مستندا الى حال حياته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بعمل للعتق ولا بدله من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فلازم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد (ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لأحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الأصلية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفروع هو نظيره ولا نص فيه وبيان أن هذا النص في الحال معلول وبيان ما عيّر هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه بلامته للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته بظهور أثره في جنس الحكم المعلق به وغير ذلك (٢٧٣) من شروط القياس فان تعذر

ذلك فارجع الى الاصول الجديدة بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعاء الاضافة الى المختص في هذا الموضع وأمثاله فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجنوع على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز العظيم قدرة والا فبالله ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهلة الذي ظهر عنده ذوى التحصيل عذره وألحق بالآخسرين أعمال الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا (قوله بل أولى) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كوت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما أن يثبت بعد المات مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستندا لوجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لأحياء الحق بل أولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أننى للمالكية منه للملكية

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل قال صاحب العناية في شرح هذا المثل وقال الشافعي تبطل الكتابة بموت عبدا وما تركه فلولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشروح لدلالته على انه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى (أقول) بل هو مطابق للمشروح فان الواو في قوله واستدل للعطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل بادعاء بالمعقول أيضا كما أن قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وأما ما في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال لا أثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الخ بدون الواو العاطفة فمات معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا اياه وأيضا ان الغا في قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كالا يخفى على الفطن الناصر في عبارة المشروح (قوله بل أولى لان حقه آكد من حق المولى) قال صاحب العناية قوله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كوت العاقد لان العقد

(٣٥ - تكملة سابع) ووجه ذلك أن الموجب ابقاء العقد بعد موت العاقد هذه الغاية والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث مقتضى المانع أما المقتضى (لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه) أما المانع فلان (الموت أننى للمالكية منه للملكية) فان المملوكية ضعف والموت لا ينافيه لكونه محررا صرفا حقيقيا وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها

(قوله واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك) أقول لا يطابق المشروح لدلالته على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد (قوله وهذا الشيء لم يثبت بعد) أقول بل هو متعذر بالثبوت في الحال على ما علمته (قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كوت العاقد) أقول هذا لا يخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلي (قوله والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى) أقول الى في قوله الى ذلك متعلق بقوله ادعى وأشار بقوله ذلك الى البقاء والمعنى والحاجة الى البقاء ادعى الخ

( فينزل حيا تقديرا ) كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما إذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث ( أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت ) فان قيل يلزم تقديم المشروط على الشرط أجاب المصنف بقوله ( ويكون أداء خلفه كادائه ) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الاداء بل بقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعتق ودفعه لما تقدم أن المعتق عليه هو سلامة مال الكية اليه ( ٣٧٤ )

قال المصنف ( أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ) أقول فان قيل من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء ثبت ثم يستند قلنا الاداء ثابت في الحال فان أداء خلفه كادائه فيستند الى ما قبل الموت وثبتت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باختيار الشق الثاني من الترديد وإضافة السبب الى الاداء بيانية أو نقول المراد من استناد سبب الاداء استناد سببية عقد الكتابة لانفسه اذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب فان التعليقات ليست أسبابا عندنا في الحال بل عند وجود الشرط فان استند الاداء الى ما قبل الموت فتأمل من اجعلنا الى شرح الاتفاق ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر ويرجع الفقهري حتى يحكم بثبوته في الزمان المتقدم كما في التوضيح في فصل المأمور به فوعان ( قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء

فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافات

يبطل بموت المعتق ودون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعدموت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعدموت المكاتب ادعى من حيث المقتضى والمنع الخ ( أقول ) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف هذا انما هو مجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقبس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجوز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كونه العاقد لان العتق يبطل بموت المعتق عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب نفسه بمعتق ودفعه وبيان المعتق عليه انما هو سلامة مال الكية البذل كما صرحوا به والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان ان المعتق عليه ما ذاقه لا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد لا يملك المعتق عليه أمر مجمع عليه لا يحتمل جوازه بكون الحاجة ادعى الى ابقائه بعد ان هلك المعتق عليه فلا تنفيذ للمفدمات المذكورة ههنا شيئا في دفع ذلك السؤال أصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال لا يخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معتق ودفعه عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزلي انتهى ( أقول ) ليس هذا بنام لان كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معتق ودفعه عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معتق ودفعه عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه الا يرى الى قولهم في تصوير مسألة كتابة العبد عن نفسه وعن عبده آخر لم يولد غائب بأن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معتق ودفعه عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلوقصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقرر له فلا احتياج الى التنزيل بل لا معنى له بظهر ذلك كله بالتأمل الصادق ( قوله فينزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كادائه ) هذا الشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا أحدهما انه يعتق بعد الموت بأن ينزل حيا تقديرا كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدرنا المولى حيا وما مالكا ومعتقا في فصل موت المولى وثانيه ما أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كادائه بنفسه هـذا زبد ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام \* ثم أقول من الهائب ههنا أن صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة أو في أو تستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في اثناء تقرير تعليقه

وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت ) أقول ثبت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر أئمتنا والحق أن تجعل إضافة السبب الى الاداء بيانية وقوله ويكون أداء خلفه الخ دفعنا لما يقال انه لم يوجد من المكاتب الاداء بعد الممات ( قوله ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعتق ودفعه عليه ) أقول ولعله انما يتعرض له لان سلامة مال الكية اليسد فانت بقرته اذ لا مال كية للميت فلا فائدة في التعرض أو جعله باقيا كما مشتركا كما لا يخفى والجواب أن ما حصلت له بالعقد والتفصيل في النهاية

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولد امولود في الكتابة سمي في كتابة أبيه على نجومه ان كان مفسدا بالانفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فختلفه في الاداء كالترك وفاء وأما الولد المشتري فكالمولود في الكتابة عنده ما قال أبو حنيفة رحمه الله قبل له اما أن تؤدي الكتابة حالة أو تردها فبما اعتبرا بالمولود (٢٧٥) بجامع أنه يكاتب عليه تبعاله ولهذا

ملك المولى اعتناقه كالمولود  
ففيما بخلاف الاكساب  
فان المولى لا تصرف له في  
أكسبه ولهذا لا يقدر على  
اعتناق عبد المكاتب وأبو  
حنيفة رحمه الله فرقه بين  
الفصلين على ما ذكره في  
الكتاب فان اشترى المكاتب  
ابنه ثم مات وترك وفاء  
ورثه ابنه لانه لما اشتراه  
دخل في كتابته فلما أدى  
بدل الكتابة عتق المكاتب  
في آخر جزء من أجزاء  
حياته بطريق الاستناد  
ولما حكم بحريته في ذلك  
الوقت حكم بحرية ابنه  
أيضا في ذلك الوقت لانه تبع  
لأبيه في الكتابة فيكون  
ذلك ثوريت حر عن حر  
وكذلك ان كوتب الاب  
والابن كتابة واحدة ومات  
الاب وترك وفاء ورثه ابنه  
لان الولد اما أن يكون  
صغيرا أو كبيرا فان كان  
صغيرا فهو تبع لأبيه وان  
كان كبيرا جعل كشخص  
واحد لا اتحاد عقد الكتابة  
فيهما فالحكم بحرية الاب  
حكم بحريته في تلك الحالة  
يعني آخر جزء من أجزاء  
حياته على ما مر من استناد  
الحرية باستناد سبب الاداء  
الى ما قبل الموت قال (وان  
مات المكاتب وله ولد من حرة الخ)

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولد امولود في الكتابة سمي في كتابة أبيه على نجومه فاذا أدى حكمه بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد) لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فختلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء (وان ترك ولد امشترى في الكتابة قيل له اما أن تؤدي الكتابة حالة أو تردها فبما اعتبرا بالمولود في الكتابة والجامع أنه يكاتب عليه تبعاله ولهذا ملك المولى اعتناقه بخلاف سائر أكسابه ولا يبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الاجل يثبت شرطاً في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يصف اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لان فصالة بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سمي في نجومه (فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته بحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لأبيه في الكتابة فيكون هذا حراً عن حر (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لأبيه وان كان كبيرا جعل كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب بحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال (وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك ديناً وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقتل به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بجزء المكاتب)

أعنتنا في هذه المسئلة فينزل حياته قد يراوتستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله ونستند الحرية هذا من تمام التعليل فن قال أو تستند فقد أخطأ انتهى وفسر القائل في حاشيته صغري بصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرهما من الكتب المبسوطة أن الخطي هو هذا الخطي فان المقصود من كلمة أو هو الإشارة الى المسلكين المختلفين المستقلين في اثبات قول أعنتنا في مسئلتنا هذه فعنى التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك الخطي الخطي أنه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولما أنه عقد معارضة فخطأ بأنه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ولا ريب أنه معطوف على قوله فينزل حياته قد يراوتستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو الفائدة بتوسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه اليه لان فصالة) قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى (أقول) الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل في كتابة أبيه وقد مر في أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أنه اذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته وأيضاً لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالاً لكنه ساقط بوجهيه أما سقوط وجهه الاول فلان دخول الولد المشتري في كتابة أبيه ليس اسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل يجعل المكاتب مكاتباً بالولد باشرائه اياه تحقيقاً للصلة بقدر الامكان كما أن الحر اذا اشترى ولده يصير معتقاًه بالاشتراء وأما سقوط وجهه الثاني فلان عتق الولد المشتري عنده بأداء بدل الكتابة حالاً ليس لأجل السراية أيضاً بل لصيرورة المكاتب اذا ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وفسد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عمل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة الخ) قال صاحب العناية

قال المصنف (ولا يسرى حكمه اليه) أقول فيه بحث



ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما ما وصورتهما مكاتب مات وله ولد حر من امرأته حر وزك دينا على الناس وفاء بمكاتبته  
فالكاتب باقية وولادته لوالده الى الام أما بقائه الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار ما له مال ولكن لا يحكم بعقده حتى  
يؤدي المبدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم يأت القضاء بالحاق بالام لا مكان الوفاء في الحال وأما أن الولاد لوالده الى الام فلانه لما لم  
يحكم بعقده لم يظهر للولد ولاد في جانب أبيه فان جنى هذا الولد جنابة وقضى به أي بموجب الجنابة على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بهجر  
المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر رشيلا لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم  
الحاق الولد بوالده الى الام وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجبر ولادته الى مواله لان الولاد كالنسب والنسب  
انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب الملا عن نفسه عاد النسب اليه فكذلك  
الولاد فمكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت المزموم وأما أن كل ما يقرر رشيلا لا يبطله فلا يعود على موضوعه بالنقض  
(قوله وان اختصم موال الى الام الخ) (٢٧٦) هو المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موال الى الاب وموال الى الام

فقال موال الى الام مات رقيقا  
والولاد لما وقال موال الى الاب  
مات حرا والولاد لنا ففرضي  
بولادته لوالده الى الام فهو قضاء  
بالعجز وفسخ الكتابة لان  
هذا الاختلاف اختلاف  
في الولاد مقصودا وهو واضح  
وذلك ينبني على بقاء الكتابة  
وانتقاضها فانها اذا فسخت  
مات عبدا واستقر الولاد على  
موال الى الام واذا بقيت واتصل  
بها الاداء مات حرا وانتقل  
الولاد الى موال الى الاب وهذا  
أي بقاء الكتابة وانتقاضها  
فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ  
ما يلاقيه من القضاء واذا  
كان القضاء بالولاد نافذا  
انفسخ الكتابة لانتفاء  
لازمها وهو احتمال حر الولاد  
لما تقدم في المسئلة الاولى  
ان ذلك جزء اللازم والشئ

لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بوالده الى الام وإيجاب العقل عليهم -م لكن  
على وجه يحتمل أن يعتق فيجبر الولاد الى موال الى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تمييزا (وان  
اختصم موال الى الام وموال الى الاب في ولادته ففرضي به لوالده الى الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلاف  
في الولاد مقصودا وذلك يتسنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاد على  
موال الى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاد الى موال الى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ  
ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تمييزا

ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما انتهى (أقول) هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق  
بين كل مسلتين والام تكونا مسلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسلتين اذا ذكرنا يعرف الفرق  
بينهما بما وجبه تخصيص عليه بيان الفرق بذكر هاتين المسلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسلتين  
حق فكان بيانه أهم فيهما ولهذا خص عليه بذكرهما قلنا خفاء الفرق أيضا متحقق في كثير من  
المسلتين كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص وأيضا لو كان ذكرهما مجرد بيان الفرق بينهما -م لما استحققت  
واحدة منهما ماللا كمنفردة عن الاخرى ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة  
بالذكر والبيان على أن الفرق بين مفهوم هاتين المسلتين ظاهر غني عن البيان وانما المحتاج الى  
البيان هو الفرق بين عليهما ما يبين الفرق بين عليهما -م انما وقع في الهداية وهاتان المسلتان أنفسهما  
مذكورتان في البساية أيضا بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما مابل كان لبيان  
حكمهما في أنفسهما -مهما وبفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل (قوله لان هذا  
القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بوالده الى الام وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل  
أن يعتق فيجبر الولاد الى موال الى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تمييزا) قال صاحب العناية في حل  
هذا المحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر رشيلا لا يبطله -م أما أنه يقرر حكم الكتابة فلان

ينتقى بانتفاء جرته قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطالان وفي  
صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطالين أرح وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لانه  
اذا لاقى فضلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانته ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في نفاذها

(قوله ذكر هذه المسئلة والتي بعدها) أقول وهي قوله وان اختصم موال الى الام (قوله لانه لو ترك عينا لم يأت القضاء) أقول أي على مذهبا  
(قوله مات رقيقا الى قوله مات حرا والولاد لنا ففرضي بولادته) أقول الضمير المستتر في مات رقيقا والمستر في مات حرا راجعان الى الاب والضمير  
في قوله بولادته راجع الى الولد قال المصنف (لان هذا اختلاف في الولاد مقصودا الخ) أقول لا يخفى عليك أن مقصود كل واحد من تينك  
الطائفتين قرار الولاد عليه فاختصاصهم بالحقيقة فيه فلا يرد أن يقال بتصور الولاد لوالده الى الام على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الاداء فلا  
يستقيم قوله وذلك يبتنى (قوله لانتفاء لازمها وهو احتمال الخ) أقول ههنا مسامحة حيث لا يطابق تعليله للعلة ظاهرا فانه جعل احتمال  
حر الولاد لازما في المدعى وجزء اللازم في الدليل وتوجيه غير خفي كما لا يخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول ناظر الى قوله ما يجب رعايته

قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم هجر فهو طيب للولى لتبديل الملك) فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ونساء مدية وهذا بخلاف ما اذا أباح لغنى والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيع وتطهيره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه بطيب ولو هجر قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان الهجر يتبدل الملك عنده وكذا عند أبي يوسف وان كان بالهجر يتقرر ملك المولى عنده

الكتابة تسنن لم المولى الى الام واجباب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فينجر ولا ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع مع المانع من اثباته منه كما اذا كذب المكاتب الملاء عن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان اجباب العقل من لوازمها وثبوت اللازم بقرينة ثبوت ملزومه وأما أن كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلهذا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه (أقول) في تقريره فروع اشكال على طريقة أهل المعقول فان قوله ثبوت اللازم بقرينة ثبوت ملزومه ممنوع اذا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم بل وان يكون اللازم أعسم من الملزوم ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان اجباب العقل على موالى الام يتحقق في صورة أن يقضى بهجر المكاتب كما يتحقق في صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب \* ثم أقول يمكن دفعه بأن اللازم ههنا ليس مطلقا بل اجباب العقل على موالى الام بل اجبابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فينجر ولا ابنه الى مواليه واجبابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالهجر ينتفي هذا اللازم بانتفاء جرته وهو احتمال جر الولاء كما صرح به في المسئلة الثانية ولكن بقي ههنا شيء وهو ان المانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المفيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يشوق على أن لا يكون القضاء بموجب جنسية الولاء على عاقلة الام قضاء بهجر المكاتب وهو أول المسئلة فلا يخلو التعليق المذكور عن فروع المصادرة فتأمل (قوله وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم هجر فهو طيب للولى لتبديل الملك) وتبديل الملك بمنزلة تبديل العين في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قبل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبديل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك السيد للمكاتب حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالهجر ينعكس الامر وليس هذا لتبديل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لا بالنسب ان ذلك تبديل ولئن كان فلا نسلم ان منزلة تبديل العين اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت أول كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان اه (أقول) ليس هذا بشيء فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين غاية الامر أن الثاني أقوى من الاول فلا يفسد قوله أول كلامه منع مجرد وأما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففساد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو أيضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان والصواب في دفع ذلك أن يقال ان منع التبديل مكابرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضى التبديل بل هو عين التبديل وان منع كون مثل هذا التبديل بمنزلة تبديل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبديل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية وله لـ الاول أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل الهجر وحصل به فكان تبديلا اه ورد عليه الشارح العيني بأنه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة (أقول)

فاما أن هجر بعد أدائه الى المولى أو قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبديل لان العبد يملكه صدقة والمولى يملكه عوضا عن العتق وتبديل السبب كبديل العين أصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما أهدت اليه صلى الله عليه وسلم وهي مكاتبه حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنأهديه وهذا بخلاف ما اذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغنى أو هاشمي فانه لا يطيب لههما لان المباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل سبب الملك وتطهيره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالهجر يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا هجر ملك المولى أ كسابه ملكا مبتدأ وهذا أوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا أجزأ منه نظرا ثم هجر وكذا عند أبي يوسف رحمه الله وان كان بالهجر يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى فروع ملك في أ كسابه وبالهجر بنا كذلك الحق وبصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا أجزأ المكاتب أمته نظرا ثم هجر لا يوجب فسخ الاجارة

لان الخبث ليس في نفس الصدقة والالما فارقتها أصلا وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلا لابه وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا  
 للهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كمن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ماما أخذ من  
 الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى بطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ  
 قالوا على قول أبي يوسف رحمه الله لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى كسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك في كسابه وبالعجز  
 يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفا وههنا سؤال مشكل وهو أن ملك الرقبة كان للمولى فأنى يتحقق تبدل الملك وأجيب بأن ملك الرقبة للمولى كان  
 مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب (٢٧٨) فان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف

في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك  
 وليس ذلك الا بتبدل الملك  
 للمولى وفيه نظر لانا لنسلم ان  
 ذلك تبدل ولئن كان فلان سلم  
 ان مثله بمنزلة تبدل العين واعل  
 الاول أن يقال المولى لم يكن  
 له ملك يد قبل العجز وحصل به  
 فكان تبدلا قال (واذا جنى  
 العبد فكاتبه مولاه الخ) اذا  
 جنى العبد فكاتبه مولاه  
 ولم يعلم بالجناية لم يجعل  
 مختارا للفداء ويجب عليه  
 قيمته أما الاول فلأنه علمه  
 بالجناية وأما الثاني فلان  
 الدفع قد تعدد بفعله وهو  
 الكتابة كالباعه وهو لا يعلم  
 بالجناية فان عجز خير المولى  
 بين الدفع والاداء والفداء لان  
 هذا أي أحدهما من الامرين  
 موجب جناية العبد في الاصل  
 والموجب الاصل لا يترك الا  
 بما نفع فان الاصل عبارة عن  
 حالة مستمرة لا تتغير الا بأمر  
 ضروريه والمانع عنه حال  
 الكتابة قائم أما عن الفداء

لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلا لابه ولا يجوز ذلك للغني من غير  
 حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كمن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير  
 اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ماما أخذ من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب  
 واستغنى بطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه  
 يدفع أو يفدى) لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير  
 مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصل

هذا أيضا كلام لغوا إذا كان يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي في تحقق التبدل بالنظر الى ملك اليد وهو  
 كاف في كون ما أدى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرحوا به والصواب في الرد عليه ههنا  
 أن يقال هذا الذي ذكره في المال عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح وأوردوه والنظر عليه مع  
 ما في ذلك الجواب من المزية وهي الإشارة الى وجه اعتبارهم بتبدل ملك البس دون بقاء ملك الرقبة بأن  
 ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك البس فكان اعتبار حال الغالب وهي التبدل أولى من اعتبار حال  
 المغلوب وهي البقاء فلا وجه ليراد النظر على ذلك الجواب وذكره من عند نفسه وادعاه أنه أولى من ذلك  
 (قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ الى قوله والاخذ لم يوجد من المولى) قال  
 بعض الفضلاء فعلى هذا الواضح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده اذلا أخذ منهما  
 كما لا يخفى اه (أقول) ان لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الاخذ من يد الفقير  
 حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما هناك سبب الخبث اذ لا فرق في ابراث الخبث  
 بين أخذ من واحد وأخذ من آخر اذا وجد الاذلال بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه  
 الاخذ لانه لم يدا المتصدق وهو ظاهر ولان يد العبد فان كسابه ملك مولاه عند أبي يوسف فبالعجز  
 لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد اليه تشبيهه بأن السبيل اذا  
 وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ماما أخذ من الصدقة فان قلت لاشك انه كان  
 للمكاتب ملك البس قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده فبالعجز انتقل  
 ذلك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذلك الانتقال ضروري  
 والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك أخذا ولو سلم أن يعد ذلك أخذا فالأمر فيما نحن فيه عند أبي يوسف

فليأمر من عدم العلم وأما عن الدفع فتعذر به الكتابة فأما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال المانع عاد الحكم الاصل اخذ

قال المصنف ( ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته) أقول فعلى هذا الواضح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب  
 لهما عنده اذلا أخذ منهما كما لا يخفى (قوله لان الخبث ليس في نفس الصدقة) أقول تعليل لقوله وكذا عند أبي يوسف (قوله وفيه  
 نظر لانا لنسلم ان ذلك الخ) أقول وأنت خير بأن تبدل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضا كذلك فان ذلك يجعله  
 حلالا طيبا للمولى وهم يجعلونه حلالا بدون هذا التبدل كما في ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى فبمثل ذلك (قوله ولعل  
 الاول أن يقال الخ) أقول ان أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لا يوافق المذهب وان أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور  
 فيه فليأمر (قوله اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه قيمته) أقول أي اذا كان قيمته أقل من  
 أرض الجناية والا فالواجب عليه الأقل من قيمته ومن أرض الجناية ثم اعلم ان الضمير في قوله عليه راجع الى المولى



وكذلك أي وكامر من عود الحكم الأصلي اذا جنى المكاتب ولم يقض به أي بموجب الجنابة حتى يحز لما ينشأ من زوال المانع وان قضى به أي بموجب الجنابة عليه أي على المكاتب في كتابته ثم يحز فهو أي ما قضى به من موجبها دين في ذمته ببيع فيه واعلم ان المكاتب اذا جنى جنابة خطأ فإنه يسعى في الاقل من قيمته ومن أَرش الجنابة لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجنابة عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن أَرش الجنابة ألا ترى ان في جنابة المدبر وأم الولد يجب على المولى الاقل من قيمته ما ومن أَرش الجنابة لانه أحق بكسبهما هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وغيره واذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الأصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الأصلي صيانة للقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقد رجح اليه أبو يوسف رحمه الله آخره وان كان يقول أولاً ببيع فيه وان يحز قبل القضاء الا أن يقضى المولى عنه وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجنابة فالجنابة عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جنابة المدبر وأم الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى أن الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن أَرش الجنابة وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمسبوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه اذا كانت القيمة أقل من أَرش الجنابة وأنا القول بالموجب وهو أناسلما أن المانع من الدفع قائم ولكن (٣٧٩) الكلام في أنه قابل للزوال أولاً ولا شك في قبوله لا مكان

انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جنابة المكاتب تصير مالاً في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض فانه يتوقف

(وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى يحز) لما ينشأ من زوال المانع (وان قضى به عليه في كتابته ثم يحز فهو دين ببيع فيه) لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد رجح أبو يوسف اليه وكان يقول أولاً ببيع فيه وان يحز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجنابة فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جنابة المدبر وأم الولد ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاء لانهم لا يقبلان الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) كي لا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذا الكتابة بسبب الحرية وسبب حق المرحومة (وقبل له أذ المال الى ورثة المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء

أخذ المولى ملك نفسه من يد عبده والذي كان سبب الخبز انما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند اباحة الفقير للغني أو الهاشمي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جنابة المكاتب تصير مالاً في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض فانه يتوقف

الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاء لانهم لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لانها سبب حرية وحرية بنته حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرحومة لافضائه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنسخ كي لا يؤدي موته الى ابطال حق غيره ويقال له أذ المال الى ورثة المولى على نجومه أي مؤجلاً لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان مريضاً يصح تصرفه بتأجيل الكل كقاطعه بخلاف ما اذا كان مريضاً وكتبه فان المكاتب يؤدي ثلث القيمة حالاً أو يرد رقيقاً لانه لما كان مريضاً لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كسقاطه (قوله الا أن الورثة يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البديل فصار للورثة وهو تغير فقال قيامهم مقامه في الاستيفاء لا يسمى تغييراً في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكما أن سائر الديون يخلفونها فيه ولا يسمى ذلك تغييراً فكذلك دين الكتابة

(قوله وكذلك أي وكامر من عود الحكم الأصلي) أقول والاولى أن تجعل الإشارة الى ما ذكر من المسئلة والتشبيه في عود الحكم الأصلي (قوله وهو دفع الرقبة الى القيمة الخ) أقول لا يخالف ما قال آنفاً ان الموجب الأصلي أحد الامرين لان أحد الامرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه الى القيمة ثم اعلم ان قوله الى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل

(فان اعتقه أحد الوارثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذا المكاتب لا يملك بساير اسباب الملك فكذا بالارث) ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (وان اعتقه جميعا عتق) استخسانا وجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستخسان أن يصير اعتاقهم ابراه عن بدل الكتابة فانهم يملكونه بطريق الارث فيه (٢٨٠) (واذا برئ المكاتب عن جميع) (بدل الكتابة عتق كما اذا أبرأه مولاه) فان قيل فاجعل اعتاق أحد

الورثة ابراه عن نصيبه قلنا لا يصح لاننا جعلنا ابراه اقتضاء تصحيح العتق والعتق لا يثبت في المكاتب ابراه بعض البذل أو أدائه لافي بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البذل وهذا الوأبرأ المورث عن بعض البذل لم يعتق منه شيء واذا لم يمكن اثبات المقتضى لا يثبت المقتضى فلا وجه لابرأ البعض وكذلك الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

### كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقه ويسمى ولاء عتمة

الانتقال لامكان عود الموجب الاصل اه كلامه (أقول) فيه بحث اذ المانع أن يمنع أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا التردد متحقق فيما اذا عجز بعد القضاء أيضا مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز أن لا يمنع ههنا أيضا كما هو مذهب زفر وقول أبي يوسف أولا فن ابن يثبت الظهور ولو سلم أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم أن يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركا بعد أن قال ان المانع قابل للزوال للتردد أو كان حقه أن يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريق على ما قبله كما لا يخفى على ذي مسكة وكان صاحب الكافي تنبيه لهذا حيث قال ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصل الا بالقضاء أو الرضا

### كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاثر بزوال ملك الرقبة عند أدائه بدل الكتابة وهو وان كان من آثار الاعتاق أيضا الا ان موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقطت التكاثر الى هذا الموضوع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقه وولاء الموالاة لان حكمهما هو والارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرية والمحبة الا أنه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدراية (أقول) فيه فتور أما أولا فلا ان الظاهر ان الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقه وولاء الموالاة لاصفة أنفسهما فكيف تحسن تسميتهما بما لا يقوم معنى ما أخذ اشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما وأما ثانيا فلا أن ما ذكر في المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر إنما يدل على كون التناصر غيرهما لا أنفسهما اذ لا يخفى على النظم ان المطلوب بالشئ لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشئ وسيلة الى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقه وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بأن قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقال في العناية بالولاية في اللغة عبارة عن النصرية والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب

### كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم الى هذا الموضوع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والولاية لغة عبارة عن النصرية والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل قال

(الولاء نوعان) يتوعد الولاء باختلاف السبب الى نوعين فالاول (ولاء عتاقه ويسمى ولاء عتمة) قتفاء بقوله تعالى

واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أي بالاعتاق وهو زيد

### كتاب الولاء

بقوله صلى الله عليه وسلم  
الولاء لمن أعتق وانما كان  
ذلك صحيحا لانه لو عتق  
على الرجل قريبا بالوراثة  
كان الولاء له ولا اعتاق  
بفعل العتق سببا أولى  
لعمومه والثاني وللاء موالاة  
وسببه العتق قد عرفت على  
ما سئل (قوله وله- هذا  
يقال وللاء العتاق وولاء  
الموالاة) بيان اسباب  
النوعين فان كلامهم- ما  
يضاف الى شئ والاضافة  
تدل على السببية كما عرفت  
في الاصول وقوله (والمعنى  
فيه- ما التناصر) بيان  
مفهومهما الشرعي (قوله  
وكانت العرب تناصر  
بأشياء) بيان وجوه  
التناصر فيه- ما فان العرب  
كانت تناصر بهما  
وبالحلف والمناطاة (و قد  
قرر النبي صلى الله عليه  
وسلم تناصرهم بالولاء  
بنوعيه فقال ان مولى  
القوم منهم- وحليفهم  
منهم والمراد بالحليف مولى  
الموالاة لانهم كانوا يؤكدون  
الموالاة بالحلف)

( قوله استدلالا بقوله عليه  
الصلاة والسلام الخ) أقول  
ويجى جواب استدلالهم  
بعد سطور (قوله فجعل  
العتق سببا أولى لعمومه)  
أقول الا صواب تبديل  
الاولى بالصواب (قوله

بيان لسبب النوعين) أقول أى لسببية سببهما

وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبا عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العتق  
وله- هذا يقال وللاء العتاق وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب  
تناصر بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم  
منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف

وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل اه  
(أقول) فيه خلل لان الولاء المشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل  
يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق أن يجدي بين اللفظين تناسب في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى  
بين الولي الذي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي  
بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولي بمعنى القرب ويقال  
بينهما وللاء أى قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لجة كحمة النسب أى وصلة كوصلة النسب  
اه فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا  
قال في النهاية ومراجع الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقا من الولي بمعنى القرب وقيل الولاء  
والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاق وولاء الموالاة اه وقال في التبيين  
هو من الولي فهو قرابة حكمية حاصلة له من العتق أو الموالاة ثم قال أو من الموالاة وهى مفاعلة من الولاية  
بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاق وولاء الموالاة اه فقد ظهر أن قول  
صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب خلط بين  
المعنيين واخلاق بحق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبا عليه بالوراثة  
كان الولاء له) انما قيد بقوله في الصحيح احتراز عن قول أكثر أصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق  
ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبا فعتق  
عليه كان ولاؤه ولا اعتاق هنالك فالصحيح أن سببه العتق على ملكه ألا يرى أنه يقال وللاء العتاق ولا يقال  
ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه وأما قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فالمراد أن الولاء له  
بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقا بدون العكس هذا زبد في جملة الشروح ههنا  
وقال في البدائع أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق أو ما يجرى مجرى  
الاعتاق شرعا كسراء القريب وقبول الهبة والصدقة والرخصة أو بغير صنعه بأن ورث قريبا وسواء  
أعتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء  
كان الاعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى  
وقت وسواء كان صريحا أو مجريا الصريح أو كناية أو مجرى مجرى الكناية وكذا العتق  
الحاصل بالتدبير والاستيلاء والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل الى هنا  
لفظ البدائع (أقول) كون الحديث المذكور أصلا في حق الصور الزبورية كاهما محل نظر فان  
في صورة ان كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث قريبا لا يوجد الاعتاق فلا تندرج تحت قوله  
عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فليستأمل في الدفع (قوله والمعنى فيهما التناصر) قال صاحب  
العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما- ما الشرعي اه (أقول) فيه بحث اذ ليس  
مفهومهما الشرعي مطلقا التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح الم- زبور  
وغيره وبه- هذا الخصوص يمتاز مفهومهما- ما الشرعي عن مفهومهما- ما اللغوي كما عرفت فلو كان مراد  
المصنف بقوله الم- ذ كور بيان مفهومهما الشرعي لما أطلق التناصر بل خصصه بما هو المعتبر



قال (واذا أعتق المولى مملوكه الخ) (٢٨٣) إذا أعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ووجه الاستدلال

قال (واذا أعتق المولى مملوكه فلولاه) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولان التناصر به في عقله وقد أحياه معنى بازالة الرق عنه فبرئته وبصير الولاء كالولاد

في مفهومه ما الشرعي على انه لو كان مراده بيان مفهومه ما الغويا كان أو شرعيا قال ومعناها التناصر دون أن يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له دراية بأساليب الكلام والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهم الإيذان بمفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى قيم ما التناصر والمطلوب بكل واحد منهم ما التناصر كما قال في المبسوط أيضا كذلك كما مر تدبر ترشد (قوله وإذا أعتق المولى مملوكه فلولاه لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق) قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم اه (أقول) لا يذهب عليك أن حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد إذ لا شك أن المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذكور انما يفيد الثاني دون الأول فلا يتم القريب والصواب أن وجه الاستدلال ههنا هو أن لام الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام الولاء ولام الاختصاص في قوله لمن أعتق تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلامى الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل لى الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثى وهو العتق انتهى كلامه (أقول) في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثى أصلاً في الاشتقاق لا يستدعى كونه أصلاً في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما قبحنا نحن فيه فان كثيراً من مصادر المزيديات يصلح له لما لا يصلح له مصادر الثلاثى ألا يرى أن الاعتاق مثلاً لا يكون علة للعتق ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه الى غير ذلك من الصور ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولان التناصر به في عقله وقد أحياه معنى بازالة الرق عنه فبرئته وبصير الولاء كالولاد) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به أى بسبب الاعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص بعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغرم بنصره يغرم عقله والمولى أحياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكماً ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق ثبتت هذه الأحكام في حقه فكان أحياه معنى ومن أحياه معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد بوجوب الارث فكذلك الولاء اه كلامه (أقول) في أوائل تقريره الدليل لخلل لانه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في بسط كلامه سيما في قوله فحيث يغرم بنصره يغرم عقله والظاهر أن الأمر بالعكس اذا المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو الغانم وأيضاً قد استدلل على أن من ينتصر بشخص بعقله بأن الغنم بالغرم وليس يصح لانه ان رجع ضمير الفاعل المتصرف في بعقله الى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور أما عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقر في موضعه وأما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث وهو في هذا

أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثى وهو العتق وقوله (ولان التناصر به) أى بسبب الاعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهما العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص بعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغرم بنصره يغرم عقله والمولى أحياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكماً ألا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق ثبتت هذه الأحكام في حقه فكان أحياه معنى ومن أحياه معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد بوجوب الارث فكذلك الولاء ولانه ثبت أنه بعقله فبرئته لان الغنم بالغرم (قوله ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق) أقول وأنت خير بأن المراد من قوله وإذا أعتق الخ ليس بيان علة الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ما ذكره (قوله فالجواب أن الأصل الخ) أقول فيه تأمل

فقوله (ولان الغنم بالغرم) يخدم الوجهين فلهذا أخره (قوله وكذا المرأة تعتق) (٢٨٣) يعني ان ولاه معتقها للمارويين من قوله

صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله (ومات معتق لابنة جزة رضى الله عنهما) معطوف على قوله للمارويين ما معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (روى أن بنت جزة رضى الله عنهما) ما أعتقت غلاما لها ثم مات المعتقد وتزوج ابنته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين ويستوى في ثبوت الولاء لاعتناق بمال وبغيره (والعتق بقراءة أو كتابة عند الاداء أو تدبير أو استيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلًا ابتداء أو بجهته الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها (لاطلاق ما ذكرناه) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وما ذكره من المعنى المعقول (فان شرط أنه سائبة) أي يكون حرا ولا ولا يمينه وبين معتقه (فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح) قال (واذا أدى المكاتب) كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وذكر مسألة جبر الولاء وبين مواضع الجبر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع مقصودا على الولد لا ينتقل ولاؤه أبدا وان وقع تبعا لأمه ثم أعتق الأب جبر ولأبنته

ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق للمارويين ومات معتق لابنة جزة رضى الله عنهما معناه وعن بنت فجعل النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين ويستوى فيه الاعتناق بمال وبغيره لا طلاق ما ذكرناه قال (فان شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال (واذا أدى المكاتب عتق وولأؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى) لانه عتق عليه بما بشر من السبب وهو الكتابة وقد قرناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لان فعل الوصى بعد موته كفعله وان تركه على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مديروه وأمهات أولاده) لما بينا في العتاق (وولأؤهم له) لانه أعتقه بهم بالتدبير والاستيلاد (ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (وولأؤهم له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجل أمة لا خرافة عتق مولى الأمة) وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولأؤه للمولى لان المولى الام لا ينتقل عنه أبدا) لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتناق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عما يماروينا

الكتاب أيضا في باب النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لان الغنم هو المنتصر بشخص والغرم هو ذاك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سبيبا للغرم شخص آخر ولا العكس \* ثم أقول الصواب ان مراد المصنف بقوله ولان التناصر به في عقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتناقه إياه في عقله أي في عقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقر في كتاب المعامل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني انما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه (قوله ولان الغنم بالغرم) قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا أخره اه (أقول) يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظوفه أما أولا فلما تبيننا عليه فيما مر أن الغنم ان الدليل على أن يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول وأما ثانيا فلا أنه جعل قول المصنف فيما قبل ولان التناصر به في عقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على أن الوجه هنا قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجهين معا ل المعنى الى انه انما يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فأدى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياه معنى بازالة الرق فكانه قال لانه أحياه معنى بازالة الرق عنه فبرثه ولان الغنم بالغرم بحيث يغرم عقله يرث ماله كما ان قوله فيما سياتى ومات معتق لابنة جزة رضى الله عنهما الخ معطوف على قوله للمارويين ما معنى كما صرح به الشارح المارويين وغيره هناك ونظائر هذا أكثر من ان تحصى (قوله واذا تزوج عبد رجل أمة لا خرافة عتق مولى الأمة) وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولأؤه للمولى لان المولى الام لا ينتقل عنه أبدا) هذا لفظ التدويري قال المصنف في تعليقه لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عما يماروينا وقال الشراح انما صار الحمل معتق مقصودا لان المولى قصدا اعتناق الام والقصد اليها بالاعتناق قصدا الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتق مقصودا اه (أقول) يرى المخالف بين ما ذكرنا ههنا وبين ما ذكره المصنف في كتاب العتاق

الى مواليه وعلى هذا اذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولأؤه له فان أعتق الأب بعد ذلك لا يجبر ولاؤه لانه لما كان منفصلا عن الام كان عملا كالمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا

واذا أعتقت الام وهي حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لاقل من سنة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الاب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالى الاب لان المولى قصد اعتناق الام والقصد اليه بالا اعتناق قصد الى جميع أجزائها والجل جزء منها فان كان الجل ظاهرا وقت الاعتناق فواضح وان ولدت لاقل من سنة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت أحد التوأمين لانهم ما يتعلقان معا فان قيل الحبلى اذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولء الولد لمولى الاب فيما الفرق أجيب بأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بحمل له واذا أعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة أشهر فولد لمولى الام لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام (٣٨٤) الجل وقت الاعتناق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبع الام لا اتصالا به بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان

أعتق الاب رجلا ولء ابنته الى مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لمن كرمه النسب الحديث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسب الى موالى الام كانت ضرورة عدم أهلية الاب لرقه فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء اليه ونقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأة مكاتب فماتت عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب أن العود اليه بعود الالهية ولم يثبت بهذا العتق للاب أهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد

(وكذلك اذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الجل وقت الاعتناق (أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر) لانهم ما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بحمل له قال (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ولدا فولد لمولى الام) لانه عتق تبع الام لا اتصالا به بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتناق حتى يعتق مقصودا (فان أعتق الاب رجلا ولء ابنته وانتقل عن مـ مـ مـ الى الام الى موالى الاب) لان العتق ههنا في الولد يثبت تبع الام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن كرمه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسب الى موالى الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد لمولى لمولى الام وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحزمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مرجعا

فانه قال هنالك وان أعتق حاملا عتق حملها تبعها اذ هو متصل بها اهـ والظاهر منه أن يصير الحمل معتقاً تبعاً البنت لا مقصودا فليتم امل في التوفيق (قوله فان أعتق الاب رجلا ولء ابنته وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) قال في الكافي فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا يفسخ بعد ثبوته قلنا لا يفسخ ولكن حدث ولء أولى منه فقدم عليه كما نقول في الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو أولى منه في الارث لا يبطل تعصبه ولكن يقدم عليه اهـ وذكر في غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبي نصر (أقول) في الجواب اشكال وهو انه لو لم يفسخ الولاء بل قدم عليه ولء أولى منه في الارث لزم أن ترث موالى الام عند انقطاع موالى الاب بعد انتقال الولاء عن موالى الى موالى كما هو الحال في العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يرو عن أحد أن ترث موالى الام بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجر (قوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومراجع الدراية قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه يعني اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ثم أعتق الاب يجر ولء ابنته من موالى الام الى موالى نفسه بخلاف ما اذا ولدت الامة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجر ولء ابنته الى موالى نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر بل يكون ولء

الولد

الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحزمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مرجعا

(قوله واذا أعتقت الام وهي حامل) أقول أى ظاهرة الحمل كما يشير اليه قوله فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتناق (قوله لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتناق) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التعليل من عدم المطابقة للعلل فالظاهر أن بقول فولد لمولى الام تبعاً حتى تحصل المطابقة (قوله ونقض قوله فاذا صار الخ) أقول الظاهر ان النقص على قوله اذ لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتناق يعتق الجل تبعاً وبجر الاب ولء فانه اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فأجاب بمنع عدم التيقن فتأمل



بالشك فأسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا (وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعد فولدت أولادا فجنى الأولاد فعقلهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعاً لآلهم ولا عاقلة لا بيهم ولا موالى فالحنوا ووالى الام ضرورة كفاي ولد الملاعنة على ما ذكرنا (فان أعتق الاب جر ولاء الأولاد الى نفسه) لما بيننا (ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عاقلوا) لانهم حين عقلاه كان الولاء ثابتاً لهم وانما ثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستنداً الى وقت العلق وكانوا محجوبين على ذلك فيرجعون

بالشك لانهم اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم وينبني من هذا أنهم اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففى البائن مثل ما كان وأما فى الرجعي فولاء الولد لموالى الاب لتيقننا براجعه وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح

الولد لموالى أمه وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلق الى ما بعد الموت لاستحالة من الميت والى ما بعد الطلاق أما اذا كان بائناً لمحرمة الوطء بعده وأما اذا كان رجعياً فله لا يصير من اجعاب بالشك فأسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وأدى صاحب العناية أيضاً هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونقض قوله فاذا صار أهلاً عاد الولاء اليه باذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأه مكاتب فماتت عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب ان العود اليه بعود الالهية ولم يثبت بهذا العتق للاب أهلية لتعذر اضافة العلق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لمحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير من اجعاب بالشك لانهم اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه (أقول) مدار كلامهم على أن يكون قول المصنف بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق الخ متعلقة بقوله فاذا صار أهلاً عاد الولاء اليه لكنه محل بحث فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء أو لموالى الام ثم انتقل الى موالى الاب بصيرورته أهلاً وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق الام في صورة ان عتقت المعتدة عن موت اذا لم يحال لاحداث العتق في الميت فلا يتصور في هاتين الصورتين العود أصلاً فلا يتوهم بها النقض رأساً على قوله فاذا صار أهلاً عاد الولاء اليه فلا يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت وبالجمله لا مساس لتلك الصورة أصلاً بمسألة انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهى ما اذا أعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هناك أن يقع عتق الاب بعد عتق الام فتصير مظنة النقض هي على مسألة جر الولاء فيحسن تدارك دفعه فان قلت قد تدارك صاحب العناية ربط الصورة الاولى أيضاً بما نحن فيه حيث قال في تصويرها بأن كانت الامة امرأه مكاتب فماتت عن وفاء فأدى الى تأخر عتق الاب عن عتق الام قلت لا يتيسر التأخر فيما قلناه أيضاً اذ قدم في كتاب المكاتب أن في المكاتب الذى مات عن وفاء قولين عن أصحابنا أحدهما مذهب الجمهور وهو أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته فعلى هذا ينعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صورته أيضاً وثانيهما مذهب البعض وهو أنه يعتق بعد الموت وذلك بأن ينزل حياته تقديرافى حق الاداء كما ينزل الميت حيا فى حق التجهيز والتكفين فعلى هذا أن لازم فيما صورته أيضاً اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتدة عن موته حتى يتأخر عتقه عن عتقها اللهم الا أن يفرض تحقق الاداء مما تركه المكاتب وفاء بعد ما أعتقت امرأته ويعتبر عتقه حين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض

قال (ومن تزوج من العجم بعققة من العرب الخ) تزوج مسلم من العجم لم يعنقه أحد معتقة العرب فولادها أولادها الموال إليها عند أبي حنيفة ومحمد درجهم الله وأموالهم لهم لا لذوي أرحامه حتى لو ترك هذا الولد أمة أو خالة لم يكن له ما شئ في وجود معتق الأم وعصبته وعند أبي يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولا معتقة وإنما يورث ماله بين ذوي أرحامه كما إذا كان الأب عربيا والأم معتقة فإنه لا يكون ولاؤه لموالي أمه لأن النسب إلى الآباء فإن قيل لما كان النسب إلى الآباء وجب أن يسبى الأب الحر والعبد وليس كذلك أجاب بأن العبد هالك معنى (٢٨٦) لأنه لا يملك شيئا ولأنه أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى

أو من كان ميتا فأحييناه  
فصار حال هذا الولد في  
الحكم حال من لا أب له  
فينسب إلى موالى الأم وهذا  
المعنى معدوم إذا كان الأب  
حر لأن الحرية حياة باعتبار  
صفة المالكية والعرب  
والعجم فيه سواء ووجه  
قولهم ما ذكره في الكتاب  
ومعنى قوله حتى اعتبرت  
الكفاءة فيه أن الناس  
يتفاضلون بالعنافة  
ويعتبرونها في الكفاءة  
فمن له أب واحد في الحرية  
لا يكون كفوا لمن له أبوان  
فيها والنسب ليس كذلك  
فإن العجم قبل الإسلام لم  
يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم  
بعمارة الدنيا حتى جعلوا  
من له أب واحد في الأمانة  
كفوا لمن له أبوان في ذلك  
قال المصنف رحمه الله  
(الخلاف في مطلق المعتقة)  
وأنما قال ذلك لأن محمد  
رحمه الله ذكر المعتقة مطلقا  
حتى لو تزوج بمعتقة غير  
العربي كان كذلك فكان  
وضع القدوري في معتقة  
العرب اتفاقا واذكر لفظ

قال (ومن تزوج من العجم بعققة من العرب فولدت له أولاد فولادها أولادها الموال إليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله) وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربيا بخلاف ما إذا كان الأب عبدًا لأنه هالك معنى ولهم ما إن ولأه العنافة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم وأهملوا معتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يمارضه الضعيف بخلاف ما إذا كان الأب عربيا لأن أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء قال رضى الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا (وفي الجامع الصغير نبطى كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطى ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد موالى لهم موالى أمهم وقال أبو يوسف موالى لهم موالى أبيهم) لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كل مولود بين واحد من الموالى وبين العربية ولهم ما أن ولأه الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولأه العنافة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى

فتأمل (قوله بخلاف ما إذا كان الأب عبدًا لأنه هالك معنى) لأنه لا يملك شيئا ولأن الرق أثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى أو من كان ميتا فأحييناه أى كافر أهدىناه فصار هذا الولد كأنه لا أب له فينسب إلى موالى الأم ضرورة كذا في الشروح (أقول) ههنا شئ وهو أنه إن كان المراد بكون العبد هالكاً معنى أنه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لأن الرق من أثر الكفر والكفر موت حكمي يرد عليه أن مجرد موت الأب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه بل إنما يظهر أثر الولاء لهم بعدم موته إذ عند حياته هو مقدم عليهم وإن كان المراد بذلك أنه في حكم مجهول الأبوة وإن ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كأنه لا أب له ينتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينتج إليه بأبيه العبد من الأقارب الأحرار كالأجداد والأجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبد الكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر أن الأمر ليس كذلك إذ قد تقر في كتب الفرائض أن المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقبي لا يحجب من هو أبعد منه عند امتناع جميع ما يرث الأب بعد عنه درجته الأقرب فالأولى ههنا أن يقال بخلاف ما إذا كان الأب عبدًا لأنه لا أهلية له لرقه كما مر فينا لم تحصل الأهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حياً أو ميتاً تدبر (قوله ولهم ما أن ولأه العنافة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهم ما أن لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يمارضه الضعيف) أقول إنا نقول أن يقول ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يكون موالى الأم في هذه الصورة مقدمين في الإرث على العصبات النسبية لأولادها بل على أصحاب الفرائض لهم إذ لا شك أن استحقاق كل من العصبات النسبية وأصحاب

الجامع الصغير بيان أن محمد رحمه الله ذكر المعتقة مطلقاً ولاشماله على ولأه الموالاة وذلك واضح في  
الكتاب (قوله كل مولود بين واحد من الموالى) يعنى العجم فإن العجمي إذا تزوج بعربية فولدت أولاداً فانها تنسب إلى قوم أبيهم فكذا  
إذا كانت معتقة لأن النسبة إلى الأم ضعيفة

(قوله لا لذوي أرحامه) أقول الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولأنه أثر الكفر) أقول يعنى الرق (قوله حتى اعتبرت إلى قوله والنسب ليس كذلك) أقول فيه بحث (قوله وإنما قال ذلك) أقول يعنى وإنما قال المصنف ذلك

وقوله (وان كان الابوان) أي الوالدان (معتقين) راجع الى أول الخلاف يعني ان كانت الام معتقة والاب والى رجل ففيه الخلاف وأما اذا كان الوالدان معتقين (ف) قد أجمعوا أن (النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم الولاء لجهة كل جهة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء ولان النصر فيه أي بالاب أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الانسان عسبة ومنه قولهم الذ كرى بعصب الانثى (وهو) أي مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذي اشترى عبدا فأعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشرك وان كفرك فهو خير لك وشركه ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته) قوله هو أخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك يعني ان شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لانه انتدب الى ما ندب اليه وشرك لانه وصل اليك بعض الثواب في الدنيا فتقتص بقدره من ثواب الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى لك ثواب العمل كله في الآخرة وشركه لانه كفر النعمة وقوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد ولم يترك عسبة حيث لم يقل كنت وارثه (ورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضي الله عنهما) (٢٨٧) على سبيل العصبوبة مع قيام وارث)

هي بنت الميت وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعسبة هو الذي يأخذ ما أبقتة الفرائض (واذا كان عسبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عسبة من النسب فهو أولى) لان المعتق آخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك عسبة وارث عسبة استدلالا بإشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت أنت عصبته وبالحديث الثاني أي بحديث بنت حمزة فتأخر عن العسبة دون

وان كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهم استوا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أولان النصر فيه أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي اشترى عبدا فأعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشرك وان كفرك فهو خير لك وشركه ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصبوبة مع قيام وارث (واذا كان عسبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عسبة من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عسبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العسبة دون ذوى الارحام قال (فان كان للمعتق عسبة من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وان لم يكن له عسبة من النسب فيرثه للمعتق) تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عسبة على ما روينا وهذا لان العسبة من يكون التناصير به لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على ما مر والعسبة تأخذ ما بقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فيرثه لبيت المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبين) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره أو جروا لمعتقهن وصورة الجرح قد منها

الفرائض بالقربة النسبية واذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح أن يعارض ولاء العتاقة قد يرى أن لا يعارض أحد من العجم في الارث بجهة تسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصبوبة أو جهة الفرض موالى اعتسافا لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم مع أن المسئلة في الارث ليست كذلك اذ قد تقر في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب أيضا أن موالى العتاقة مطلقة ومؤخرون في الارث عن أصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدّمون على ذوى الارحام فليتنامل في التوجيه

ذوى الارحام (وان لم يكن له) أي للمعتق (عسبة من النسب فيرثه للمعتق تأويله) أي تأويل قول القدوري (اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فله الباقي بعد فرضه) وذكرنا هذه الجملة تأويلين أحدهما ان معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لم يكن سوى حال الفرض وهي العصبوبة أما اذا كان فله أي فليتل هذا الوارث الباقي بالعصبوبة وليس للمعتق شيء والثاني ان معناه ذو حال واحد كالبنات أما اذا كان مثل ذلك فليتل المعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني أوجه لانه على قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله (لانه عسبة على ما روينا) وهو إشارة الى قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وهو واضح وقوله (وهذا) إشارة الى قوله لانه عسبة يعني انما كان عسبة (لان العسبة من يكون التناصير به لبيت النسبة) أي القبيلة وتقريره العسبة من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على ما مر في أول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب تتناصرون بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرتهم بالولاء بنوعيه وقوله (والعسبة تأخذ ما بقي) تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عسبة والعسبة تأخذ الباقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فيرثه لبيت المولى دون بناته) لما ذكرنا في الكتاب وقوله (قد منها) إشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لا كثر من ستة أشهر الى أن قال جروا الاب وولاء ابنة حمزة رضي الله عنهما وقوله (قد منها) إشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لا كثر من ستة أشهر الى أن قال جروا الاب وولاء ابنة حمزة رضي الله عنهما

(قوله التعصيب هو جعل الانسان عسبة الخ) أقول والظاهر أن المصدر هنا بمعنى الفاعل



(قوله ولان ثبوت المالكية الخ) دليل معقول على ثبوت الولاء من أعتق أو أعتق من أعتق وتقر به ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر وكل من ثبت من جهة شيء ينسب اليه لانه عليه اذ ذلك فثبوت المالكية ينسب اليها بالولاء وينسب اليها من ينسب الي مولاه لان معتق المعتق ينسب الي معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيختلف فيه من تكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث حتى لو ترك المولى ابنا وابنا فالولاء لابن عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وضورته امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن واب ثم مات العبد فغير انه لابن خاصة عندهما وهو قول أبي يوسف أولا ثم رجع فقال لا يورث الا بالاب والابن لان القوة تستحق بها كالبنوّة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصريح بما عند ميراثها فكذا (٣٨٨) عن ميراث معتقها ولهما أن اقرب العصبان يقوم مقام المعتق بعدموته في ميراث المعتق

والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصبية وكذا لو ترك جد مولاه اباه وأخاه لاب وأم وأولاد كان ميراثه للجد عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده اقرب في العصبية ولو أن امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وترك ابنا وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالمرث لابنها دون أخيها الماذكرنا أن الابن اقرب في العصبية لان عقل جنابة المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنابته كجنابتها وجنابته على قوم أبيها فكذلك جنابة معتقها وابنها ليس من قوم أبيها ولو

ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة ما ينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب اليها مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويختلف فيه من تكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابنا وابنا فالولاء لابن عند أبي حنيفة ومحمد لانه اقرب بهما عصبية وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبي حنيفة لانه اقرب في العصبية عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها الماذكرنا أن العقل جنابة المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنابته كجنابتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) معناه بني ابن آخر (فميراث المعتق لابن دون بني الابن لان الولاء للكبر) هو المروى عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب

#### فصل في ولأء الموالاة

فصل في ولأء الموالاة آخر ولأء الموالاة عن ولأء العتاقة لان ولأء العتاقة قوي لانه غير قابل للتحويل والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولأء الموالاة فان للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولأء العتاقة الاحياء الحكمى ولا يوجد في ولأء الموالاة احياء أصلا ولأن ولأء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للارث وأنه مقدم على ذوى الارحام بخلاف ولأء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولأء الموالاة وقال لا ولأء الاولاد العتاقة وبها أخذ الشافعي ومالك وأحمد ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول الذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أني ان مت فميراثي لك وان جئت فعقل عيلك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلاث شرائط احداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب الي غيره وأما نسبة غيره

ترك المولى ابنا وبني ابن آخر فميراث المعتق لابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروى عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعنى الكبر القرب في العصبية لاني السن على ما قالوا ألا ترى أن المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما منصفين لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبي اقرب فيستحق الجميع

فصل في ولأء الموالاة آخر ولأء الموالاة عن ولأء العتاقة لان ولأء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل بل كان أقوى بخلاف ولأء الموالاة فان للمولى فيه أن ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحاً

(قوله وكل من ثبت من جهة شيء ينسب اليه لانه عليه) أقول المستتر في قوله ينسب راجع الى قوله شيء والضمير في قوله وفي قوله لانه راجع الى من والضمير في قوله عليه راجع الى قوله شيء (قوله وضورته امرأة أعتقت عبدا) أقول وكذا الجواب في رجل أعتق عبدا ثم مات (قوله والابن هو العصبة دون الاب) أقول فضلا لأن يكون اقرب العصبان (قوله لانه لا يورث الاخوة والاخوات) أقول يعني مع الجد (قوله ولو أن امرأة أعتقت الخ) أقول أو رجلا أعتق عبدا (قوله لانه من قوم أبيها) أقول ضمير لانه راجع الى المعتق على صيغة المفعول

#### فصل في ولأء الموالاة

وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل ويسلم على يد رجل ويقول له أو غيره واليتك على أني امت فبراني لا وإذا جئت فعلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الآ خر منه وله ثلاث شرائط أحدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره وأما نسبة غيره إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء مولاة مع أحد وقد عقل عنه (٢٨٩) والثالثة أن لا يكون عربيا فان قيل من

شرط العقد عقل الأعلى وحريته فان مولاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا أوجب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرته فانما هو نادر فلم يذكره وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الأعلى إذا جنى الأسفل واستحقاق ميراثه إذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج إلى تنسير

(قوله وله ثلاث شرائط أحدها الخ) أقول صرحوا بأن الابن أن يعقد المولاة أو يتحول بمولاة إلى غيره مولى الأب إذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافق (قوله والثالثة أن لا يكون عربيا) أقول فيه بحث فان الشرط الأول يغني عن هذا (قوله فان قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته) أقول فيه بحث فان العقل والحرية أيضا يحتاج إليهما في كل واحدة من الصور أو اذن المولى والمولى (قوله فان مولاة الصبي والعبد باطلة)

قال (وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاة فان مات ولا وارث له غيره فبرائه للمولى) وقال الشافعي رحمه الله المولاة تلبس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآ توهم نصيبتهم والآية في المولاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به بحياه ومماته وهذا يشير إلى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه إلى حيث شاء والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لانه مستحق

إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء مولاة مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربيا انتهى (أقول) فيه كلام أما أولا فلا لأن الشريطة الأولى تنفي عن الشريطة الثالثة اذ لا جهالة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون المولى مجهول النسب اشتراط أن لا يكون عربيا الا أن يكون ذكر الثالثة استغناء عن قبيل النصريح بما علم التزاما وأما ثانيا فلا فإنه ان أراد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس يصح اذ من شرائطه أيضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضا حيث قال وانما يصح ولاء المولاة بشرائط منها أن يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية أيضا حيث قال وله شرائط وعدم منبها أن يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما وجه لان مدارهما على ارادة الحصر والا لا يتوجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج إلى الجواب عنه أصلا وقال في العناية فان قيل من شرط العقد عقل الأعلى وحريته فان مولاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثا أوجب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرته فانما هو نادر فلم يذكره (أقول) في هذا الجواب خلل فان كل واحد من عقل الأعلى وحريته أيضا من الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من صور المولاة اذ لا شك أن عقد المولاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور اذ لا يتصور الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز مولاة العبد أصلا بغير اذن مولاه وان أذن له مولاة في القبول كان عقده كعقد مولاة فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلامعنى لقوله وأما ما ذكرته فانما هو نادر فلم يذكره ثم ان في تقرير السؤال أيضا خللا فان تقييد العقل بعقل الأعلى في قوله من شرط العقد عقل الأعلى مما لا وجه له لان عقل الأسفل أيضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدون العقل وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال وأما شرائط عقد المولاة فنها عقول العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالاضافة إلى ضمير الأعلى في قوله وحريته مما لا وجه له اذ حرية الأسفل أيضا شرط بل هي أظهر

(٣٧ - تكمله سابع) أقول أما الصبي فلا يملكه من أهل النصرة ولهذا لا يدخل في العاقلة وأما العبد فهو أيضا لا يملك التزام النصرة الا باذن مولاه (قوله فان مولاة الصبي الخ) أقول قال الحاكم في الكافي ومولاة الصبي باطلة وكذا ان وإلى رجل عبدا الا أن يكون ذلك باذن المولى فيكون مولى له أو يوالي الصبي باذن الأب أو الوصي فيكون مولى للصبي اه (قوله أوجب بأن المذكورة انما هي الشرائط العامة الخ) أقول فيه بحث

خلاقوه (وان كان له وارث فهو أولى (٣٩٠) منه وان كان من ذوى الارحام) فانه أورد عليه بأنه ينبغي أن يكون الثلث للمولى كما لو وصى

بكل ماله لا آخر وله وارث معروف وأجيب بأنه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الورثة ذوالقربة أرجح لان القربة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شئ من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له الا بطريق الوصية لانه ما أوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه

قال المصنف (ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أقول أشار به الى ما ذكره القدوري قبل هذا واذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه واعرز الاتقاني على وجوب اشتراطهما في صحة العقد ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه (قوله لان القربة متفق الخ) أقول بحيث يترتب عليها الأحكام كحرمة المصاهرة وجوب النفقة

قال (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كانت عمه أو خاله أو غيره مامن ذوى الارحام) لان الموالاة عقد مافلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة قال (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه الى غيره مالم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا لا على أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم

اشتراطا من حرية الأعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة ولو اذن له مولاه في ذلك ويجوز قبوله اياه باذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرحوا به وأيضا لوجه ترك ذكر البلوغ في اثناء تقرير السؤال فانه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع مع أن قوله فان موالاة الصبي في قوله فان موالاة الصبي والعبد باطله أوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى (قوله ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أشار به الى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله واذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل واعرز صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابراهيم النخعي اذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره مالم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد هذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بوقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرط لصحة الموالاة بل جعله ما حكم الهابعد صحته فافهم ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه بوضحة قول صاحب التحفة وتنسب عقد الموالاة من أسلم على بدرجل وقال له أنت مولاي ترثني اذا مات وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينصق بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يده الى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سلمية أن شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة أما ما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد فلانه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هنا بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما ما فيكون قوله ووالاه في قوله اذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه مغنيا عن ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للوالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرط لصحة العقد كما لا يخفى وأما قول القدوري في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه فلانه لا شك أن مراد القدوري بقوله ذلك انما هو بيان أن الاسلام على يده ليس بشرط فيها وأما قول صاحب التحفة فلا ن محمل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك اذا قال واليتك بدل قوله أنت مولاي فقط لا يدل مجموع قوله أنت مولاي ترثني اذا مات وتعقل عني اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانه اياه على الاستقلال لا يرى أن لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون المولى مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عربي وغير ذلك مع أنهم لم

في مثل العمه والخالة وغيرهما (قوله وعقد الولاء مختلف الخ) أقول بحيث يترتب عليه الأحكام (قوله فانها بصرحوا خلافة في المال الخ) أقول الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة



وخلا قوله (الأنه يشترط في هذا أن يكون محضر من الآخر كما في عزل الوكيل) فإنه أورد (٣٩١) عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل

في حق العزل ظاهر وهو  
تضرر الوكيل بسبب  
الضمان عند رجوع  
الحقوق عليه اذا كان نقد  
من مال الموكل على ما  
في الوكالة فامعنى اشتراط  
توقف الفسخ ههنا على  
حضرة كل واحد من الأعلى  
والأسفل وأجيب بأن سبب  
الاشتراط ههنا هو السبب  
هناك وهو دفع الضرر فان  
العقد كان بينهما وفي تفرد  
أحدهما الزام الفسخ على  
الآخر بدون علمه والزام  
شيء على الآخر من غير  
علمه بنفسه ضرر لا محالة  
لان فيه جعل عقد الرجل  
العاقل البالغ كالعقد  
وفيه ابطال فعله بدون علمه  
وخلا قوله (لأنه فسخ حكيم  
بمنزلة العزل الحكمي في  
الوكالة) فان عزل الوكيل  
حال غيبته مقصود الا بصرح  
وحكما يصح كالأعتق  
العبد الذي وكاه يبيعه فإنه  
أورد عليه لماذا يجعل صحة  
العقد مع الثاني موجبة  
فسخ العقد الاول وأجيب  
بأن الولاء كالنسب والنسب  
مادام ثابتا من انسان  
لا يتصور ثبوته من غيره  
فكذلك الولاء فعرفنا أن  
من ضرورة صحة العقد مع  
الثاني بطلان العقد الاول  
ذكر ذلك كله في النهاية والله  
سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

الأنه يشترط في هذا أن يكون محضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصد اختلاف ما اذا عقد الأسفل  
مع غيره بغير محضر من الاول لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال (واذا عقل عنه لم يكن  
له أن يتحول بولائه الى غيره) لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به الفاضل ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض  
في الهبة وكذا لا يتحول ولده كذا اذا عقل عن ولده لم يكن له كل واحد منهم ما أن يتحول لانهم  
في حق الولاء كشخص واحد قال (وايس لمولى العتاقة أن يوالى أحدا) لانه لازم ومع بقائه  
لا يظهر الأدنى

بصرحوا بشي من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (قوله الأنه يشترط في هذا أن يكون  
محضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصد) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل  
ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على  
ما في الوكالة فامعنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجيب  
عنه بوجهين أحدهما أن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما  
وفي تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر  
بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كالعقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز  
بدون العلم كذا في الشرح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب  
الغنية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانت اختاره أيضا (أقول) هذا الوجه محل الكلام  
فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا أمرا ظاهرا لما ذكر من أن فيه ابطال فعل العاقل البالغ  
وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الزام في كونه ضررا فغير ظاهر اذ على تقدير علم الآخر به ليس له  
قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بل لا ريب  
في تحقيق ابطال فعل الآخر في صورة العلم أيضا بالضرورة والظاهر أن علم الانسان بالامر الذي  
يكتره ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئا فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على  
حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم إلا أن يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما  
تعين في صورة العزل عن الوكالة الا انه مما يحتمل بارتضاء الآخر بالبر والمجازاة لكن فيه ما فيه فتأمل  
وثانيهما ان فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه أما اذا كان  
الفسخ من الأسفل فلانه ربما يموت الأسفل فيحسب الأعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير  
مضمونا عليه وأما اذا كان الفسخ من الأعلى فلان الأسفل ربما يعتق عبدا على حسب ما أن  
عقل عبده على مولاه ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه فيتضرر كذا في النهاية  
ومعراج الدراية نفلا عن الذخيرة (أقول) هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان حاصله أن في الفسخ  
بدون علم صاحبه ضررا لا غترار وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله  
لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) قيل عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة  
بطلان العقد الاول قلنا ان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره  
فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح  
والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (أقول) في الجواب بحث من وجهين الاول  
ان قولهم والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فإنه اذا كانت الامة بين شريكين  
فجاءت بولد فادعياء ثبتت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق مدلا ومشرحا

(قوله وخلا قوله الا انه الخ) أقول معطوف على قوله خلا في قوله وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير خلا قوله وان كان له وارث  
(قوله وخلا قوله لأنه فسخ حكمي) أقول وهذا القول معطوف أيضا على قوله خلا فيمما سبق

## ﴿ كتاب الاكراه ﴾

قبل الموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة كل مال المولى الأسفل بعدم موته الى حكمه كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسباً أن يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة عبارة عن جل الانسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلاناً أي جلته على أمر يكرهه وفي اصطلاح (٢٩٢) الفقهاء عما ذكره بقوله اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به

### ﴿ كتاب الاكراه ﴾

قال (الاكراه ينبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ابقاع ما توعده سلطاناً كان أو لاصاً) لان الاكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره

والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي أن لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الاول اذا النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينتفي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن أين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول \* ثم أقول يمكن أن يجاب عن الاول بأن المراد أن النسب مادام ثابتاً من انسان أو لا يتصور ثبوته من غيره ثانياً وثبوت نسب ولد الأمة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياهما وأما اذا ادعاه أحدهما أو لا والاخر ثانياً فانما يثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاء من كتاب العتاق وعن الثاني بأن القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من أحدهما الى الآخر فانه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازماً وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحينية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل والله الموفق

### ﴿ كتاب الاكراه ﴾

قبل في مناسبة الوضع لما ذكره ولقاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكروا الموالاة لمناسبة ولقاء العتاقة لاق اراد الاكراه عقيب ولقاء الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولقاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بعدم موته الى حله بالارت فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكروه من حرمة المباشرة الى حلها في عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن جل الانسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلاناً كراهاً أي جلته على أمر يكرهه وأما في اصطلاح الفقهاء فنقد في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الاهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب فان المكروه مبتدئ والابتلاء بقرار الخطاب ألا يرى انه متردد بين فرض وحظر وباحة ورخصة وبأثم مرة وبوجر أخرى وهو آية الخطاب وذكر في الايضاح ان الاكراه فعل يوجد من المكروه فيحدث في الحل معنى فيصير به مدفوعاً الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي انه عبارة عن تهديد القادر بغيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال في النهاية ولك ان تختار من هذه الثلاث أيها شئت قلت وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى وسيجي مما يتعلق بتفسيرها وأما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب أثناء المسائل (قوله لان الاكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره) قال صاحب العناية وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة جلا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن

اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة جلا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة الى نوعي الاكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه

### ﴿ كتاب الاكراه ﴾

(قوله وتفسيره أن يحمل المرء غيره على المباشرة) أقول فيكون في قوله اسم لفعل الخ مجاز (قوله وذلك يستلزم نفي عدم الرضا) أقول فيه ما لا يخفى الآن يقال الاستلزام ملاحظة مقابلة قوله أو يفسد لقوله ينتفي به رضاه اذ لو لم تصح المقابلة وفيه ما فيه (قوله لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره) أقول لا يخفى عليك بعد ما ذكره وخفاء القرينة على تقدير

لا والظاهر أن المراد من قوله ينتفي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد اختياره بقرينة المقابلة وانما لم يتعرض يكون للقسم الثالث من الاكراه بضرب سوط أو حبس يوم على ما يجي ما عدم ترتب أحكام الاكراه عليه قال المصنف (فينتفي به رضاه) أقول فقط دون أن يفسد به اختياره فانه اذا قبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاص

وقوله (مع بقاء أهليته) إشارة إلى كون المكروه لم يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكروه مخاطباً وأما شرطه وحكمه فيأتي في أثناء الباب قال (الأكراه يثبت حكمه إذا حصل عن يقدر على إيقاع ما توعد به) شرط الأكراه حصوله من قادر على إيقاع ما توعد به (سلطاناً كان أو أوصلاً) وخوف المكروه (٢٩٣) وقوله بأن يغلب على ظنه أنه يفعله

ليصير بالأكراه محمولا على ما دعى إليه من المباشرة فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما ينبغي ومفصلاً ولم يفرق بين حصوله من السلطان والصل (لأن تحققه يتوقف على خوف المكروه وتحقيق ما توعد به ولا يخاف إلا إذا كان المكروه قادراً على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان) عندهما (والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الأكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنفعة والفسدة لا تتحقق بدون المنفعة فقد قال المشايخ رحمه الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لأن مناط الحكم القدرة ولم تكن في زمنه إلا السلطان ثم بعد ذلك تغير أهل الزمان فإذا أكره على بيع ماله أو شراء سلعة أو الإقرار بماله أو إجارته داره بالقتل أو قطع عضو أو بالضرب الشديد أو بالحبس) فهو الأكراه يترتب عليه الحكم فان فعل ما دعى إليه ثم زال

مع بقاء أهليته وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكروه تحقيق ما توعد به وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله أبو حنيفة أن الأكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنفعة والفسدة لا تتحقق بدون المنفعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه إلا السلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكروه لتحقيق الأكراه يشترط خوف المكروه وقوع ما يهدده وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى إليه من الفعل قال (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقرر لرجل بألف أو بواجب داره فأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشتري فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخته ورجع بالمبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم

يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة إلى نوعي الأكراه ويفسد به اختياره وذلك يستلزم في عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الأكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه اه كلامه (أقول) قد خرج الشارح المذکور في تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب وسلك مسلكاً لا يرتضيه أحد من ذوى الألباب وإن شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام فاعلم أن الشائع المذکور في عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الأكراه نوعان نوع بعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بأن يكون بقتل أو بقطع عضو وهو الأكراه الملجئ ونوع بعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وذلك بأن يكون بضرب أو بقتل أو بحبس وهو الأكراه الغير الملجئ وكل منهما لا ينافي في الأهلية ولا الخطاب وأما فخر الإسلام البزدوي فقال في أصوله الأكراه ثلاثة أنواع نوع بعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع بعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ ونوع آخر لا بعدم الرضا وهو أن يهجم بحبس أبيه أو ولده أو ما يجري مجراه والأكراه بجملة لا ينافي في أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اه وقال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من أصول فخر الإسلام الأكراه جل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرة لولا الحمل عليه ويدخل في هذا التعريف الأقسام الثلاثة المذكرة في الكتاب قال شمس الأئمة هو اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكر في الكتاب وكأنه لم يجعله من أقسام الأكراه لعدم ترتب أحكامه عليه إلى هنا كلام صاحب الكشف إذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ما ذكره المصنف ههنا من معنى الأكراه وما ذكره شمس الأئمة في المبسوط بعينه وأن القسم الثالث من الأقسام الثلاثة المذكرة في أصول فخر الإسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وإنما هو داخل في معنى الأكراه لغة كما أشار إليه صاحب الكشف وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الأكراه شرعاً عدم ترتب أحكام الأكراه عليه فإن الأكراه في عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه وانكشف عندك أيضاً ما وقع في عامة الكتب من تنويع الأكراه إلى نوعين فقط فإن المقصود بالبيان في الكتب الشرعية أحوال الأكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي

الأكراه (فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسح لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم

قال المصنف (والذي قاله أبو حنيفة أن الأكراه لا يتحقق إلا من السلطان) أقول الفتوى في تحقق الأكراه من غير السلطان على قولهما



والا كراه هذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم  
لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضربه  
لفوات الرضا

ثم ان ما ارتكبه صاحب العناية في تفسير ما ذكره المصنف ههنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت  
غير صحيح في نفسه أما أولا فلا نه جعل قول المصنف فينتقي به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار  
أو مع عدمه مع ان مقابلة قوله أو يفسد به (٢) رضاه منعه قطعا وأما ثانيا فلا نه قال ان قول المصنف  
أو يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا ولا معنى له لانه ان أراد أنه بحسب ظاهره أي بدون تقدير شيء  
آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعاً لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لا نفي عدمه وهو  
ثبوت الرضا وان اراد انه اذا أخرج عن ظاهره بتقدير لا كراه فمما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك  
أيضا اذ ثبته لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار  
لا تستلزم نفي عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كما في النوع الغير  
الملجئ من نوعي الا كراه على ما مر وأما ثالثا فلا نه قال وهو إشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من  
تقدير لا في أو يفسد به اختياره وهو أيضا محتمل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سيما  
في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المصنف الإشارة الى الانواع الثلاثة لا كراه لان  
نفي فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضا كما عرفت  
أنفا فلا تحصل الإشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لافيه الى القسم الثالث من الا كراه  
لصدقه على القسم الثاني من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا أن يقال نفي فساد الاختيار في مقابلة  
انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذي  
مسكة ان المعنى الذي نسبته الشارح المزبور ههنا الى المصنف كان يحصل بأن يقول بدل قوله أو يفسد  
به اختياره أو لا بمعنى أو لا ينتقي به رضاه فهل يجوز العاقل بمثل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الا قصر الخالي  
عن التعملات بأسرها لو أراد افادة ذلك المعنى الذي نسبته الشارح المزبور اليه ويختار هذا اللفظ الا طول  
المستعمل على تمحلات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولم يرد ان رتبة المصنف بمنزلة عن مثل ذلك فالحق أن  
مراده بقوله فينتقي به رضاه أن ينتقي به رضاه بدون فساد اختياره بقربة مقابلة قوله أو يفسد به اختياره  
فان العام اذا قبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى جافظوا على الصلوات والصلاة  
الوسطى فكان قوله فينتقي به رضاه إشارة الى أحد نوعي الا كراه وهو غير الملجئ وقوله أو يفسد به اختياره  
إشارة الى النوع الآخر منها وهو الملجئ فانظم كلامه من غير كلفة أصلا وانطبق لما في عامة  
الكتب (قوله والا كراه هذه الاشياء بعدم الرضا) أراد به هذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس  
المديد وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في تفسير قول المصنف بهذه  
الاشياء يعني بالبيع وأخوانه ولم يذكر أن البيع وأخوانه من المكروه عليه لامن المكروه به وهذا نظير  
سائر سقطاته في كتابه هذا (قوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا يبالي  
به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراه) أقول برده على ظاهر هذا التحرير أن آخر الكلام يناقض  
أوله فانه قال في أوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فدل ذلك على تحقق  
الا كراه في هذه الصور أيضا والما قال بخلاف ما اذا اكره بل كان ينبغي أن يقول بخلاف ما اذا ضرب  
بسوط أو حبس يوما أو قيد يوما وقال في آخره فلا يتحقق به الا كراه وهذا صريح في عدم تحقق الا كراه  
في هاتيك الصور فتناقضا والجواب ان المراد بالا كراه في قوله بخلاف ما اذا اكره معناه الغشوى وهو

والا كراه هذه الاشياء  
بعدم الرضا وانتفاء الشرط  
يستلزم انتفاء المشروط  
( فيفسد وان اكره بضرب  
سوط أو حبس يوم أو قيد  
يوم لم يكن اكره لانه  
لا يبالي به نظر الى العادة  
الا ان كان المكروه صاحب  
منصب يعلم أنه يستضربه  
فهو وأ كراه (ل) وجود  
العلة حيث ذوهو (فوات  
الرضا)

(٢) قوله أو يفسد به رضاه  
كذا في النسخ التي بأيدينا  
وصوابه أو يفسد به اختياره  
اه محكمه

(قوله وكذا الاقرار بجهة) معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالا كراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار بجهة في غير الا كراهية ترجح جنبه الصدق وعند الا كراهية يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون بجهة بخلاف ما اذا كره على الاقرار بأف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو اقرار بكافي البيع الا اذا كان المكروه صاحب منصب أي عز ومروية فان الشرفاء والاجلاء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحدا كثيرا يستنكف غيرهم من ضرب سباط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الخا كم من حال من ابتلى به (ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه يبيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الاجازة (قبل الاجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله) لان الايجاب والقبول صدر من المالك البائع العاقل وصادف محله وهو المالك (والفساد انفسا بشرطه وهو التراضي) قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) (٢٩٥) والبيع بشرط الخيار انما لا يفيد لانه جعل العقد في حق حكمه كالتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جازو يلزمه القيمة كافي سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الا كراهية وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا يقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله تعالى عنه ومن جعل البيع الجائر المعتاد يبيعا فاسدا يجعله كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين

وكذا الاقرار بجهة اترجح جنبه الصدق فيه على جنبه الكذب وعند الا كراهية يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه يبيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والفساد انفسا بشرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جازو يلزمه القيمة كافي سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الا كراهية وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا يقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله تعالى عنه ومن جعل البيع الجائر المعتاد يبيعا فاسدا يجعله كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين

جل الانسان على امر يكرهه كما مر ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور والذي نفاه في آخر الكلام انما هو تحقق الا كراهية على معناه الشرعي الذي تترتب عليه أحكامه فلا تناقض ولك أن تقول التعبير بالا كراهية في قوله بخلاف ما اذا كره للشا كلة كافي قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الا كراهية هناك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا فلا تناقض أصلا (قوله وكذا الاقرار بجهة الخ) قال في النهاية والغبية قوله وكذا الاقرار بجهة معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالا كراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار بجهة في غير الا كراهية ترجح جنبه الصدق وعند الا كراهية يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون بجهة اه (أقول) الظاهر عندي ان قوله وكذا الاقرار بجهة الخ معطوف على قوله لان من شرط صحة

الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه بشرط فاسد لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا يقطع بسبب الا كراهية حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته أما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائر المعتاد) يريد به بيع الوفاء وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بمالك على من الدين على أي متى قضيت الدين فهو لي أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أي ان دفعت اليك ثمنك تدفع العين الى وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بهما جائزا مفيدا لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف رحمه الله وأشار اليه بقوله البيع الجائر المعتاد ومن المشايخ من جعله يبيعا فاسدا وجعله كالبيع المكروه عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا كافي البيع المكروه عليه ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهم ما وان سمي ببيع عا لکن غرضهما الرهن والعبرة للقاصد والمعاني ولا يملكه المرتهن ولا يطلق الانتفاع الا باذن مالكيه وهو ضامن لما كل من غره واستهلكه من عينه والدين ساقط به لا كه في يده اذا كان وفي بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك بغير صنعه وللبياع استرداده اذا قضى دينه لافرق عندنا بينه وبين الرهن

وممنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهزل لانهم ما تكلموا بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشتري وبقي المشتري يرد المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك الا إذا لم يخرج عن ملكه يبيع أو هبة ولهذا سموه بيع الوفاء لانه وفي جماعهم - ممن رد المبيع قال (فان كان قبض الثمن طوعا لمخ) اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد أجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة فكذا اذا سلم المبيع طائعا بأن كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذ كر الدفع فوهب كرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا أي فاسدا بوجوب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته والفرق بينهما ما أن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراه على الدفع دون البيع (وان قبضه) أي الثمن (مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد) (٢٩٦) فيكون الثمن أمانة عند المكره لانه أخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك

انما وجب الضمان اذا كان التملك وههنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه (وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

وممنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهزل ومشايعهم قد درجهم الله جعلوه بيعا جازا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال (فان كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع) لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بأن كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذ كر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال (وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

(قوله ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهزل الخ) أقول لا يخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا (قوله فكان لكل منهما ما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول اذا كان

هذه العقود التراضي الى قوله فيفسد لا على قوله والا كراهية هذه الاشياء بعدم الرضا به بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضي المشاركة في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار حجة دليل مستقل في حق فساد الاقرار بالا كراهية مستند بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير بالمدكور في النهاية والعناية فالوجه أن يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد (قوله ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهزل) قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا اه (أقول) لم يقل من جعله باطلا ان المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل

باطلا لا ينعقد والفسخ فرع الانعقاد (قوله الا اذا لم يخرج عن ملكه) أقول الضمير في ملكه راجع إلى المشتري بل قال المصنف (بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة) أقول واذا أكرهه على الهبة والتسليم فالهبة فاسدة وان أكرهه على الهبة لا غير فسلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع وفي الاستحسان لا تجوز ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود جازت الهبة استحسانا وقياسا (قوله بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول هذا على احدى الروايتين وعلى الرواية الاخرى لا يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة على ما ذكره العلامة الاتقاني في باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام المصنف مبنيا على تلك الرواية وفي البرازية في كتاب الهبة أيضا تفصيل متعلق بالمقام فالغوى ما ذكرنا اذ فيها ترجيح رواية عدم ثبوت الملك (قوله والفرق الى قوله وفي البيع بالعقد) أقول فيه بحث لان تعلق الاستحقاق في البيع الفاسد أيضا بالقبض على ما مر في أحكام البيع الفاسد والبيع المكره عليه فاسد تامل في جوابه لينظر لك فان المراد ما يتعلق به الاستحقاق في أصل الوضع وقد صرح به في بعض الشروح ونبه عليه المصنف بقوله على ما هو الاصل ثم لا يخفى عليك أن الاكراه اذا كان على البيع الفاسد ينبغي أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليها الا أن يقال البيع في أصل الوضع يتعلق به الاستحقاق وعدم الاستحقاق لعارض كخيار الشرط والشرط الفاسد لا يضر وهذا هو الصحيح



لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آله فيما يرجع الى الاتفاق) وان لم يصلح آله من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكان المكره يدفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري) لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما أحدث سببا للضمان (كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بقيمة لقيامه مقام البائع) بأداء الضمان (وان ضمن المشتري) يعني أي مشتر كان بعد الاول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود) أي تداولته (لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه) وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على شقي التردد من تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصله فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجيع هنالك أجاب بقوله (لانه أسقط حقه) يعني في صورة الاجازة (وهو) أي حقه هو (المانع فعاد الكل الى الجواز) فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجاز خاصة أوجب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته به لصادفته ملكه (٣٩٧) فتكون اجازته أحد البيوع فملكها للغير

من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه وأما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتري صاف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفرق الحال بين اجازته البيع الاول والاخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازه عقدا منها والله أعلم

**فصل** لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرعا في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته

(والمكره ان يضمن المكره ان شاء) لانه آله فيما يرجع الى الاتفاق فكانه يدفع مال البائع الى المشتري فيضمن أي ما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله أعلم **فصل** (وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر أن أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له الا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كافي الخمسة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس أو على العضو

بل قال انه كالهزل بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع والافلاش أن من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة أن تجري المواضعة قبل العقد بأن يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما نقرر في علم الاصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهزل فان معناه قياسا على الهازل ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشئين المتغايرين بحسب الذات المشتر كين في العلة

**فصل** قال أكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرعا في بيان حكم الاكراه

(٣٨ - تكمله سابع) وذكر فيه الاكراه الملبى وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الاعضاء وغير

الملبى وهو الاكراه بالحبس والضرب البسر والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل والثاني ان كان على فعل يسير فليس يعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولا يستوى فيه الجد والهزل فكذلك والافهم معتبر فعلى هذا (ان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحبس أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الاقدام على ذلك (وان أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كافي الخمسة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو

قال المصنف (لان الاستناد الخ) أقول أي استنادا للمشتري قال صدر السريرة في شرح الوقاية فيستند الى حين العقد لا قبله انتهى وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول لا يقال الحامل هو قول المصنف لانه ملكه بالضمان فان المشتري في صورة الاكراه يملكه بالقبض لان قوله ملكه مجاز عن تقرير ملكه بحيث ينساق اليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على العدول عن المنهج الواضح ثم اعلم أن لفظه ما في قوله وما عرفت نافذة

**فصل** (قوله لقيام المحرم فيما وراءها) أقول الضمير في وراءها راجع الى الضرورة في قوله انما يباح عند الضرورة

( حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبيع له ذلك ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به ) وأشار إلى أن المجهى يتنازل من غيره لغلبة الظن لأن بدن الإنسان في احتمال ( ٣٩٨ ) الضرب متفاوت وليس ثم نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأى من ابتلى به ولا معتبر بمن

قد رفي ذلك أدنى الحد وهو  
أربعون فقال إن تهـدد  
بأقل منها لم يسهه الاقدام  
لأن الأقل مشروع بطريق  
التعزير والتعزير يقيم على  
وجه الزجر لا الاتلاف لأن  
ذلك نصب المقدر بالرأى  
وهو لا يجوز ( فان صبر حتى  
أوقعوا به ) أى قتله أو أتلفوا  
عضوه ( ولم يتناول ) وعلم  
بالإباحة ( فهو آثم لأنه لما  
أبيع ) من حيث أن حرمة  
هذه الأشياء كانت باعتبار  
خلل يعود إلى البدن أو  
العقل أو العضو وحفظ  
ذلك مع قوت النفس غير  
ممكّن ( كان بالامتناع عن  
الأقدام معاونا لغيره على  
هلاك نفسه فآثم كفى  
حالة الخمسة وعن أبي  
يوسف رحمه الله أنه لا يآثم  
لأن الأقدام على ذلك  
رخصة إذا حرمة ) بصفة أنها  
ميتة أو خمر وهى ( فائنة  
ع ) إذا امتنع ( كان آثما  
بالعزيمة فلا يآثم قلنا  
لأنه لم أن الحرمة فائنة  
لأن الله تعالى استثنى  
حالة الاضطرار ) فقال وقد  
فصل لكم ما حرم عليكم  
الاما اضطررتم إليه  
( والاستثناء تكلم بالباقي  
بعد الثبوت ) فكان البيان أن  
المستثنى لم يدخل في صدر

حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ( ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به فان  
صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم ) لأنه لما أبيع كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فآثم  
كفى حالة الخمسة وعن أبي يوسف أنه لا يآثم لأنه رخصة إذا حرمة فائنة فكان آثما بالالعزيمة قلنا حالة  
الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثبوت فلا يحرم فكان إباحة لا رخصة

الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لأن حق العبد مقدم لحاجته انتهى ( أقول ) فيه كلام وهو أنه قد  
ذكر في هذا الفصل حكم الاكرام الواقع في حقوق العباد أيضا كفى مسألة الاكرام على اتلاف مال مسلم  
بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وكفى مسألة الاكرام بقتل على قتل غيره فلم يتم  
ما ذكره بالنظر إلى مثل ذلك فالاشبهه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل بفصل لأن  
ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكرام ومسائل الفصل ليست كذلك لأنها محظورة قبل الاكرام في حالة  
السعة ( قوله حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك الخ ) أقول في قوله يباح له ذلك  
اشكال فان المباح ما استوى طرفا فاعله وتركه كما تقر في علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس  
أو على العضو كان طرف الفعل راجعا بل فرضا كما صرح به في كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك  
مع كونه منافيا لما تقر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في كتب الاصول من كون  
ذلك فرضا فتأمل ( قوله ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم ) قال  
في العناية فان قيل اضافة الاثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما  
يجوز تركه والاثبات به اذا لم يترتب عليه محرم وهو هنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما  
لأن ما أفضى إلى الحرام حرام انتهى ( أقول ) في الجواب بحث لأنه ان أريد به أن المباح ههنا حال كونه  
مباحا صار تركه حراما لا فضائه إلى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفا فاعله وتركه وما  
صار طرف تركه حراما لا يستوى طرفاه قطعاً فلو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء  
الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان أريد به أن ما كان مباحا في حالة قد يصبر  
تركه حراما في حالة أخرى لعللة تقتضى ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا  
القبيل لأن نحو كل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به  
ولاشك أن صيرورة تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار أيضا إذ في حالة الاختيار يصير تركه واجبا  
قطعا فلزم أن يجتمع إباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلا يتصور الانقلا ب من الإباحة إلى الوجوب  
بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الإباحة الأصلية حيث لم  
يتناول النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين  
انما هو افضاء الترك فيه إلى قتل النفس المحرم أو إلى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء  
الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لاننا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان  
قطعا فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستنديين إلى سبب واحد أو إلى  
سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريفي في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول فانه لما  
استدلوا على أن الواحد بالشخص لا يعال بعلمين مستقلمتين بأنه لو علم به ما كان محتاجا إلى كل واحدة  
منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج إلى كل واحدة منهما

الكلام ( فلا يحرم ) حينئذ ( فكان إباحة لا رخصة ) فامتناعه من تناول كآمناعه من تناول الطعام الحلال حتى  
تلفت نفسه أو عضوه فكان آثما

( قوله حتى لو خاف على ذلك ) أقول أى النفس والعضو ( قوله لأن ذلك نصب الخ ) أقول هذا ناظر إلى قوله ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد

(لكنه انما ياتم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء) لانه امر يختص بمعرفة الفقهاء (في عذر) اوساط الناس (بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب) فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاثبات به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام قال (وان اكرهه على الكفر بالله والعباد بالله الخ) اعلم ان كل ما لا يعتبر كراهيا في تناول المينة والخمر لا يعتبر كراهيا في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشدها اذا اكرهه على ذلك بخلافه على النفس او العضو لا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جازله ان يظهر ما امر به من اجراء كلمة الكفر لكنه يورى والتورية به ان يظهر خلاف ما يضره فجاز ان يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب وجاز ان يكون الاثبات بلفظ يحتمل معنيين فان اظهر (٢٩٩) ما امر به موريا كان او غيره على

المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايمان لم ياتم حديث عمار ابن ياسر رضى الله عنه حيث اتى به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعذوبه نزل قوله تعالى الامن اكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصته معروفة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام فعدوا الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمأنينة جميعا

(قوله فصار الترك حراما) أقول فكان الفعل واجبا والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف وان اراد أنه قد يتقلب واجبا فلا يصح ذلك فيما نحن فيه اذ الذي فرضناه سبب الاباحة هو سبب الوجوب بعينه

الا انه انما ياتم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء في عذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال (وان اكرهه على الكفر بالله تعالى والعباد بالله اوسب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقبيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكرها حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه او على عضو من أعضائه) لان الاكرام بهذه الاشياء ليس باكرها في شرب الخمر لما مر في الكفر وحرمة أشد أولى وأحرى قال (واذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما امر به و يورى فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه) حديث عمار بن ياسر رضى الله عنه حيث اتى به وقد قاله النبي عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعذوبه نزل قوله تعالى الامن اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية

هو عليه السلام ومنشأ عدم الاحتياج اليها عليه الاخرى فلا استحالة في اجتماعهما لا نأقول احتياج الشيء الى آخر في وجوده وعدم احتياجه اليه فيه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستنديين الى سبب واحد او الى سببين انتهى كلامه فقد ظهر بما قررناه ما في كلام بعض الفضلاء ايضا في هذا المقام فليتنظر اليه وليتأمل فيه (قوله الا انه انما ياتم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة) قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا ياتم اذا الانسان لا ياتم بترك المباح فأجاب عنه بأنه ياتم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه انتهى واقفى أثره الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام المصنف ههنا لا يصلح أن يكون جوابا عن ذلك الاشكال إذ لا ممانعة للعلم في أن لا ياتم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا ياتم الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم الاثم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا انه انما ياتم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا ياتم اذا الانسان لا ياتم بترك المباح فالوجه أن قول المصنف هذا انما هو لبيان أن الحكم بالاثم على تقدير الصبر وتركه الا كل في مسئلتنا ههنا ليس على اطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة وأما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء قوله فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعذوا (الخ) قال جمهور الشراح معنى قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعذوا ان عادوا الى الاكرام فعذوا

وجوابه المنع فان الاباحة أصلية حيث لم يتناول النص المحرم فتأمل (قوله فجاز ان يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب) أقول فيه مسامحة (قوله وجاز ان يكون الاثبات بلفظ يحتمل معنيين الخ) أقول قد يكون الاكرام على سجود الصنم أو الصليب مثلا ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه في أحكام القرآن قال محمد بن الحسن اذا اكرهه الكفار أن يشتم محمد صلى الله عليه وسلم فخطر بباله أن يشتم محمد آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبي عليه الصلاة والسلام كان كافرا وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطر بباله أن يسجد لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا فان أعجزوه عن الروية ولم يخطر بباله شيء ففعل ما اكرهه عليه أو قال لم يكن كافرا اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان انتهى (قوله على المعنى الثاني) أقول يعني هذا الترديد والتسوية بين كونه موريا أو غيره في التورية بالمعنى الثاني لا الاول فانه لا بد منه



لان أدنى درجات الامر الاباحة ( ٣٠٠ ) فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا تنكشف حرمة وموضعه

أصول الفقه (قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة اقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فبسه المبل اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خييارضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيق في الجنة لان الركن الاصلى فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توها (فبسه المبل اليه) احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورا لان خييارضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله) أى فيه وكلمة مثل زائدة (هو رفيق في الجنة) وقصته معروفة أيضا

(قوله لان أدنى درجات الامر الاباحة الخ) أقول فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا يبنى الخطر فان المحذور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محذور فوجه كالحث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره

ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة اقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فبسه المبل اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خييارضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيق في الجنة

ط - ما نينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمانينة جميعا كما زعم البعض لان أدنى درجات الامر الاباحة فيلزم أن يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا تنكشف حرمة أصلا انتهى وعزا في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام وأورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا يبنى الخطر فان المحذور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محذور فوجه كالحث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كرهنا كذلك انتهى (أقول) مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما تستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما تصوره هنا بصرف الاعادة الى الطمانينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا أى عد الى طمانينة القلب بالايمان وما قبل فعد الى ما كان منك من النبل منى وذ كر آهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه (قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فبسه المبل اليه) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلى فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توها فبسه المبل اليه احياء حقه اه كلامه (أقول) في تقريره خلل أما أولا فان قوله لان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاذه كما تقر في موضعه والمفروض ههنا طر بانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكرها لا يضاذه الاقرار طواعية وانما يضاذه اظهارها طواعية قلت ههنا مبني على جواز اظهارها حالة الاكرام وهو أول المسئلة فأخذ في أثناء اقامة الدليل عليها مصادرة فهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه ككلام الناصي وجوده بمنزلة العدم فانه أيضا مبني على أول المسئلة فيستلزم المصادرة وأما ثانيا فالا ن قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله تعالى توها ما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا أصلا وليس كذلك اذ لو لا فوت حقه تعالى حقيقة أصلا لما كان مأجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولا نسلم قول المصنف فيما ساقى ولان الحرمة باقية اذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة بل التحقيق أن اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسهط عنه الحرمة أصلا وأن فيه تركه حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر ضرورة في حالة الاكرام وكفر ضرورة ومعنى في حالة صحة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا أن المبني بالاكرام عليه يصير معذورا حالة الاكرام فبسه المبل اليه

عند

هنا كذلك فليتنامل فان للكلام مجالا (قوله لان التكرار ليس بشرط) أقول نعم الا أن عدم طريان منافيه

شرط وههنا قد طرأ والجواب أنه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم

(ولان الحرمة باقية) انتهى فبحر الكفر وبقاؤها واجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لا عزالا للدين بخلاف ما تقدم) من كل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية (لاستثناء) كما تقدم واعترض بأن اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كما كل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر افعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان فانه تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكره وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم (٣٠١) الذي هو معلوله وان كان المراد بها

السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعلا لا باحة وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمة صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر

(قوله وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر الى قوله الامن أكره

ولان الحرمة باقية والامتناع لا عزالا للدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء

عند طمأنينة القلب احياء لحقه مع بقاء حرمة أبدا (قوله ولان الحرمة باقية والامتناع لا عزالا للدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء) واعترض عليه بأن اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كما كل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر افعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان فانه تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكره وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك اه (أقول) هذا النظر ساقط جدا فانه يصح أن نختار كل واحد من شقي التردد ولا يلزم محذور أصلا إذ يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الأصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه قوله فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للعلة انما هو في بعض أقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكا دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقر ذلك كله في علم الأصول فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز أن يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا

وقلبه مطمئن بالايمان) أقول يعني لان سلم أن الاستثناء مما ذكر ثم لم لا يجوز أن يكون من قوله تعالى فاعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم لكنه فصل سند المنع بعض التفصيل وأنت خير بأن اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لدليل (قوله كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض) أقول الاظهر أن يقول كما في صورة العفو فان الحكم فيما ذكره ليس معدوما بل متراخ نعم هو معدوم الآن (قوله وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف) أقول ذلك في العلة اسما ومعنى وحكا دون العلة اسما فقط أو اسما ومعنى كما فصل في الأصول (قوله وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعلا لا باحة) أقول قال في أحكام القرآن وقول النبي عليه الصلاة والسلام لعمرار رضي الله عنه ان عادوا فعلا لا باحة لا على وجه الايجاب ولا على التدبر روى القاضي في تفسيره بهذا اللفظ فان عادوا لك فعلا لا باحة من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التأويل الا بتكاف بعيد (قوله ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر) أقول اجراء كلمة الكفر كفر وان كان مكرها غايته انه لا يترتب حكم الكفر عليه ولذا قيل الاقرار بركن زائد والتفصيل في الأصول

قال ( وان أكره على ائلاف مال مسلم ) وان أكره رجل على ائلاف مال مسلم ( بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه جازله أن يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كافي حالة الخمصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكره لان المكره آله للمكره فيما يصلح آله والائلاف من هذا القبيل ) لان المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فينتلفه وقوله فيما يصلح احتراز عن الاكل والتكلم والوطء فانه فيها لا يصلح آله ( وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم ) بغير حق ( مما لا يستباح للضرورة ما فكذا بالاكراه ) وهذا النزاع فيه وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمية العقلية فانه إما أن كان يجب على المكره والمكره جميعا ولا يجب على واحد منهما أو يجب على المكره وحده أو على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله والرابع قول زفر رحمه الله له أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره ( ٣٠٣ ) منه بغير واسطة وحسب آفته مع ما بين مشاهد وكذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم

قال ( وان أكره على ائلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك ) لان مال الغير يستباح للضرورة كافي حالة الخمصة وقد تحققت ( ولصاحب المال أن يضمن المكره ) لان المكره آله للمكره فيما يصلح آله والائلاف من هذا القبيل ( وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما ) لان قتل المسلم مما لا يستباح للضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال ( والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا ) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال أبو يوسف لا يجب عليهم وقال الشافعي يجب عليهم - ما لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحسب أقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على ائلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فأضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجب على المكره أيضا لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا حكم المباشرة عنده كافي شهود القصاص ولا ييوسف أن القتل بقى مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأنيم وأضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياة فيصير آله للمكره فيما يصلح آله وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آله في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم

اليه في الجملة وقوله فائما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخير عنوع بل السبب الشرعي مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة فالتم تحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا أيضا مع كونه مقرر في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فان الاتصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفي حكمه وهو الغضب فان خبيبارضى الله عنه لما أكره على اظهار كلمة الكفر فصر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى

فأجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على ائلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقورا عليه شرعا فجاء اضافته الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجب على المكره أيضا لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا أي في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبب ولقائل ان يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا

للشافعي وهو يضيفه الى غيره أيضا والجواب أن دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسببا فلا تنافي ولا ييوسف رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليلا زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم لان تأنيم الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على أنه كالا لآله والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يندفع بها ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياة والمحمول على الفعل بالطبع آله لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آله للمكره فيما يصلح آله وهو القتل بأن يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آله لاضيف الاثم الى المكره كالقتل أجاب بقوله ( ولا يصلح آله في الجناية على دينه فيبقى الفعل في حق الاثم مقصورا عليه

(قوله والجواب أن دليله الخ) أقول فيه بحث



كما نقول في الاكراه على الاعتناق) فان اعتناقه ينتقل الى المكروه من حيث اتلاف مال به العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر عليه من حيث التسكيم فانه لو انتقل اليه من حيث التسكيم أيضا لم يعتق العبد (و) كما نقول (في اكره المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكروه من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا) واذا ظهر أن المكروه آله للمكروه في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته مخضعة فقتل انسانا أو كل لجمه حتى بقي هو حيا يئثار حياته بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكروه لانه ليس غمه من يكون آله فيضاف الى نفسه واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال (٣٠٣) سواء كان هذا المكروه الا امر

عاقلا أو معتوها أو غلاما غير بالغ فالقود على الامر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شيعي علاء الدين عبد العزيز رحمه الله الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرهما ونقل عن أبي اليسر في مبسوطه ولو كان الامر صريحا أو مجسونا لم يجب القصاص على أحد لأن القاتل في الحقيقة هذا الصبي أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه قال (وان أكرهه على طلاق امرأته) وان أكره الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكرهه عليه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله) فان تصرفات المكروه كلها باطلة الآن يكون اكرها بحق (وقدم) دليل الفريقين (في الطلاق ويرجع على المكروه بقيمة العبد لانه صلح آله فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) ومنع صلاحه لذلك لان الاتلاف يثبت في

كما نقول في الاكراه على الاعتناق وفي اكره المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكروه في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال (وان أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكرهه عليه عندنا) خلافا للشافعي وقدم في الطلاق قال (ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد) لانه صلح آله فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيق في الجنة ولولم تنق الحرمة أبداني انطهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما نوعه من القتل ولما استحق المدح في ذلك لان في الامتناع عن المباح في تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهي حرام فيلزم أن يأنتم بذلك كما في حالة المخضعة كما مر (قوله ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد لانه صلح آله فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) قال في العناية ومنع صلاحه لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه وأجيب بأن الاعتناق اتلاف وهو يصلح آله فيه والتلفظ قديفل عنه في الجملة كما في اعتناق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ اه (أقول) فيه نظر لان الانفكاك في اعتناق الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتناق وذلك لا ينافي ثبوت الاعتناق في ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الاعتناق بدون ثبوت التلفظ وهذا غير متحقق في صورة اعتناق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكأن بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال فيه تأمل فان الذي يثبت ثبوت الاعتناق لا في ضمن التسكيم كما اذا ورث القريب اه (أقول) لكن فيه أيضا خلل فان الثابت في صورة ان ورث القريب انما هو العتق دون الاعتناق كما صرحوا به قاطبة وقدم في كتاب الولاء مفصلا والكلام ههنا في الاعتناق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا التقريب \* ثم أقول لا فائدة لحديث الانفكاك أصلا في الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدار الورود السؤال المذكور لا محالة ولا يجدي شيئا في دفعه انفكاك الاتلاف عن التلفظ في صورة أخرى فالحق عندي في الجواب أن يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكروه لآله في حق التلفظ عدم صلاحيته لها في حق ما يثبت في ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيتها لها في حق التلفظ لعله امتناع التسكيم بلسان الغير وهي غير متحققة في حق ما يثبت في ضمنه من الاتلاف فان المكروه يمكنه أن يأخذ بالمكروه ويلقيه على المال فيتلفه كما صرحوا به فيما مر (قوله فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا في الكافي وغيره فان قيل ينبغي أن لا يضمن المكروه لانه أنلف بعوض حصل للمكروه وهو الولاء والاتلاف بعوض كالاتلاف أجيب بأن الاتلاف بعوض انما يكون كلا

ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه وأجيب بأن الاعتناق اتلاف وهو يصلح آله فيه والتلفظ قديفل عنه في الجملة كما في اعتناق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آله تمت الاضافة اليه (فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا)

(قوله ونسبه شيخ شيعي علاء الدين عبد العزيز الى السهو) أقول يريد شيخه الامام العلامة قوام الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد السكاكي مصنف معراج الدراية في شرح الهداية (قوله ومنع صلاحه لذلك) أقول أشار بقوله لذلك الى قوله صلح آله من حيث الاتلاف (قوله والتلفظ قديفل عنه في الجملة كما في اعتناق الصبي) أقول فيه تأمل فان الذي يثبت ثبوت الاعتناق لا في ضمن التسكيم كما اذا ورث القريب

ولا سعاية عليه) أما وجوب الضمان ففيما إذا قال المكره أردت بقولي هو حرم عتقك مستقبلا كما طلب مني فإنه يعتق العبد قضاء وديانة  
و يضمن المكره قيمة العبد لأنه أتى بما أمر به على وفق ما أكرهه وكذا إذا قال لم يحظر بي إلى سوى الاتيان بطلوبه وان قال خطر بي إلى  
الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وأردت ذلك لا انشاء الحرية يعتق العبد قضاء لاديانته لأنه عدل عما أكره عليه فكان طائعا في الاقرار  
فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيئا لأن العبد يعتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي أن لا يضمن  
المكره لأنه أتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كالاتلاف فالجواب أنا لا نسلم أن الولاء عوض لأن سببه العتق على ملك المولى  
فكيف يكون المكره معوضا (٣٠٤) عما أتلفه بما لا يتعلق به أصلا سلمناه ولكن انما يكون كالاتلاف إذا كان العوض

مالا كالأكره على كل  
طعام الغير فأكله لا ضمان  
على المكره لأنه حصل  
للمكره عوض أوفى حكم  
المال كما في منافع البضع  
إذا أتلفها مكرها لأن منافعه  
تعد مالا عند الدخول  
والولاء ليس كذلك لأنه  
نزلة النسب ألا ترى أنه  
إذا أتلف بالولاء ثم رجعا  
لا يضمنان وأما عدم  
السعاية في (لأنها انما تجب  
للتخريج إلى الحرية) كما هو  
مذهب أبي حنيفة رضي  
الله عنه أن المستسعى  
كالمكاتب وقد خرج فلا  
يمكن تخريجه ثانيا (أو  
لتعلق حق الغير) ولم يتعلق  
بالعبد حق الغير فلم يوجب  
شي من موجبي السعاية  
بخلاف ما إذا كان العبد  
مرهونا فأكره الراهن على  
اعتاقه فإنه يجب على العبد  
السعاية لتعلق حق الغير  
وهو المرتهن به وهذا على  
مذهب أبي حنيفة سالم عن

ولا سعاية على العبد لأن السعاية انما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما - ما  
ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لأنه مؤاخذ باتلافه

اتلاف إذا كان العوض مالا كالأكره على كل طعام الغير فأكله لا ضمان على المكره لأنه حصل  
للمكره عوض أو كان في حكم المال كما في منافع البضع إذا أتلفها مكرها لأن منافعه تعد مالا عند  
الدخول والولاء ليس كذلك لأنه نزلة النسب ألا ترى أن شاهد الولاء إذا رجعا لا يضمنان كذا  
في الشروح (أقول) هذا الجواب يشكل على كل حال كره على شراء ذي رحم منه فعتق عليه فإن المكره  
لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على أنه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه في البدائع  
ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء أما حقيقة قطاها وأما حكمها فلا لأنه لم يقل به أحد  
كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لأن السعاية انما تجب للتخريج  
إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المرتضى إذا أعتق عبده وعليه دين لأن  
السعاية تجب ثم لحق الغرماء بخلاف الراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر فإنه تجب السعاية لحق  
المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بدل ذلك بخلاف ما إذا كان العبد  
مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به اه  
(أقول) لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد إذا أكره الراهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه  
سوى شرح تاج الشريعة اه - ذا الكتاب فإنه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير أيضا حتى يحتاج  
إلى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فينشذ تجب على العبد  
السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء اه ولعله  
غلط وقع من تاج الشريعة فاعتبر به صاحب العناية لأن مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب  
السعاية عليه بل لا بد من أن لا يقدر معتقه على إيفاء ذلك الحق ولهذا قالوا إذا أعتق الراهن العبد  
المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زاد واقيد الاعسار ولا يخفى أن الراهن  
فيما إذا أكره على اعتاق عبده المرهون ففعل يقدر على إيفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة  
ذلك العبد فان له أن يضمنه إياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد ثم إن  
قول صاحب العناية بخلاف ما إذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا  
لأن تلك الصورة داخله ههنا في اطلاق ما نحن فيه من مسألة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة

النقض وأما على مذهبهما فإنه ينتقض بما إذا أعتق المحجور عليه بالسفاهة فإنه يعتق ويجب عليه السعاية وقد أعتق  
ملكه ولا حق لاحد فيه وزاداهما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على  
العبد بما ضمن لأنه مؤاخذ باتلافه) يعني أن المكره انما يضمن من حيث أنه جعل متلفا للعبد حكما فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيئا

(قوله فكيف يكون المكره معوضا عما أتلفه بما لا يتعلق به أصلا) أقول وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا يتعلق لهما بالمكره فالسند  
أعم ولعله لذلك بادرا إلى التسليم (قوله بخلاف ما إذا كان العبد مرهونا فأكره الراهن على اعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية) أقول إن  
ثبت الرواية في هذه المسئلة فلا كلام ولا ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره للمكره رهنا بدل العبد  
فلينأمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول أراد من الغير الورثة أو الدائن في المريض وأراد المرتهن في الرهن

قال ( ويرجع بنصف مهر المرأة ) الجواب فيما إذا أكره على طلاق امرأته وقد سمي لها مهر إلا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيما إذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره إلا أن الرجوع ههنا بنصف الصداق ونحوه بقيمة العبد وإن لم يسم رجوع على المكره بما لزمه من المتعة لأن العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف أما في العتق فقد تقدم وأما في الطلاق فلقوله لأن ما عليه أي على الزوج كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها يتمكن ابن الزوج منها بغيرا كراه أو بالارتداد والعباد بالله تعالى وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرها فإما كان على شرف السقوط تأكده وللتأكد شبهة بالإيجاب فمكأنه أوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الإكراه بمنزلة الالة فيمضاف إلى المكره من حيث أنه اتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخرج وما ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهدين إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل) أي طلق أو أعتق (فهو جائز استحسانا) والقياس أن لا يجوز لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه وجه الاستحسان أن الإكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر ( ٣٠٥ ) في فساد الوكالة أمأنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه بعدم الرضا

ففسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرط فاسدا فانه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد وأمأن الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلائها من الاسقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقطه فاذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذا (ويرجع المكره على المكره) بما عزم من نصف الصداق بقيمة العبد (استحسانا) والقياس أن لا يرجع لان الإكراه وقع

قال ( ويرجع بنصف مهر المرأة ) أن كان قبل الدخول وإن لم يكن في العقد سمي رجوعا على المكره بما لزمه من المتعة ) لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيمضاف إلى المكره من حيث أنه اتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق (ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جائز استحسانا) لان الإكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه إلا كراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والنظر لا يعمل فيهما إلا كراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والإبلاء والنفي ففيه باللسان

بينها وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانه مما مستلذان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسيد فانه يشعر بالمخالفة أيضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع أنها داخله في اطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وأيضالوجوب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لا تنقض به ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله من أن السعاية انما تجب على العبد للتخريج الى الحرية اذا تخرج الى الحرية في تلك الصورة لما ذكرنا أن العبد قد خرج الى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه اليها ثانيا فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقص وأما على مذهبهما فتنقض بما إذا أعتق المحجور عليه

( ٣٩ - تكمله سابع ) على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف

التلف اليه كافي الشاهدين شهد أن فلانا وكل فلانا بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمننا وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه مباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعله وسيلة الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه إكراه (قوله والنذر لا يعمل فيه إلا كراه) بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل فيه وضابط ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه إلا كراه من حيث منع الصحة لان الإكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فلا كراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فلا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه إلا كراه فيصح النذر مع الإكراه فان أكره على أن يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك (ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا إذا أكره على عتق) فعلى ان عقدت (أو على ظهار) فظاهر صح (وكذا على رجعة) ففعل صح (أو على إبلاء) فأولى أو على في آية باللسان) ففعل صح

(قوله نظير الجواب فيما إذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق) أقول الاظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره (قوله فيفسد به الاختيار) أقول أنت خير بأن الفاء هنا ليست في محلها والاحسن تبديلها بالواو (قوله بيان لما يعمل فيه الإكراه وما لا يعمل) أقول بيان في الاول التزاما وفي الثاني صريحا



(لأنها) أي الرجعة والابلاء والنفقة (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فإن أكره على اعتناق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكروه بقيمته لأنه أمر بالخروج عما ألزمه وذلك منه حسنة لا أنلاف بغير حق وإن عين عبد ذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكروه بقيمته لأنه أنلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه وإذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لأن البست بمضمونة على أحد وان ترك التي آلى منها أربعين أشهر حتى بانت ولم يكن دخلا بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكروه لأنه كان متمكنا من القربان في المدة فإذا لم يفعل كان ذلك رضامنه بما ألزمه من الصداق وإن قربه أو كفر لم يرجع على المكروه بشئ لأنه أتى بضد ما أكرهه عليه وإن أكرهه على أن يخالف أمراته ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والأكره لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه إلا كراهة (فلو كان مكرها على الخلع دون الرزمة البذل لرضاها بالالتزام) بأزاعها سلم لها من البيئونة ولا شئ على المكروه للزوج لأنه أنلف عليه ما ليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به فإن قيل إن خالعها وهي غير ملووسة فاستحققت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكروه لتأكيدها كان على شرف السقوط أولا قلنا لا يخلو أما أن ساق الزوج المهر إليها كله أولا فإن ساق رجوع على المكروه بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا لأنه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الإكراه (٣٠٦) لا تصح وإن لم يسق رجوع عندهما خلافاً لأنه غير مكره في هذه الصورة على البراءة قال

لأنه أنصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه إلا كراهة ولو كان هو مكرها على الخلع دون الرزمة البذل لرضاها بالالتزام قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه في الحدود

(وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد) قال أبو حنيفة أو لأن أكرهه أحد على الزنا فزني وجب عليه الحد لأن الزمان الرجل لا يتصور إلا بانتشار آتية وذلك لا يكون إلا بلذاته وذلك دليل الطوعية بخلاف المرأة فإنما جعل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطوعية ثم رجع وقال لا حد عليه إذا كان المكروه

بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه فيزاد له ما في التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهم (قوله وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجب الحد) وجه قوله ما أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرة المكروه على الإيقاع وخوف المكروه الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقفاً لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء إلى السلطان فيجمل في الإيقاع ووجه قوله أن المكروه يجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود (أقول) يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله أن يقال ندرته ذلك ممنوع كيف ووقوع

هو السلطان لأن الحد للزجر ولا حاجة مع الإكراه لأن الزجر كان حاصلاً إلى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصدهم هذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهرة فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينشأ من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله أنه لا يلزمه الحد وأما تقييد الإكراه بالسلطان فقد قيل أنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قوله ما أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرة المكروه على الإيقاع وخوف المكروه الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقفاً لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء إلى السلطان فيجمل في الإيقاع ووجه قوله أن المكروه يجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكروه لا يحسب إلهاء المهر لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما فإذا سقط الحد وجب المهر أظهاراً لخطر المحلل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الأول فظاهر لأنهم لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلأن الأذن له ليس بحل الوطء فكان أذنها لغوا لكونه محجوراً عنه عن ذلك ثم رعا

(قوله فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكم له) أقول قال الاتقاني الإكراه من غير السلطان لو كان في غير المصر اعتبر بالأجاء انتهى فقول الشارح فإن اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حينئذ في موضع من المصر تدبر

(واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لان الردة بتبديل الاعتقاد لا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمن لم يكفر وفي تبديله شك) وكان الايمان ثابتا يقين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها (٣٠٧) من البيئونة ويجوز أن يجعل كلامه

دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه بصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البيئونة) المترتبة على الكفر (بالشك) فان قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمن

قال المصنف (واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) أقول قال العلامة الزيلعي هذا اذا قال لم يخط ريسالي شيء وفوت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمن فانه حينئذ لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب منه في حالة الاكراه مخصص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر فأجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالايمن كفر من ساعته لانه رضى باجراه كلمة الكفر على لسانه من

قال (واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد لا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمن لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمن

ظفر المصنف وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصى ولئن سلم النادرة فأن لا يكون للنادر حكم فيما يندري بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذا شك أن مجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق النادرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا يدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء الا يرى انه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولا يخيصة أن هذا مما لا يغلب عليه عادة اذا كان في المصر لان الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع والحكم لا ينبغي على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر نعتبه كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى (أقول) على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع النادرة ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يندري بالشبهات كما نحن فيه على حاله \* ثم أقول اطلاق مسألة الكتاب واطلاقات عامة المعنيات في أن حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب بقدر على تحقيق ما هدده به عندهما مما لا يساعد القول بأن الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتنبع سائر المعنيات قال الامام قاضيان في أول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب بقدر على تحقيق ما هدده به وعليه الفتوى انتهى وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني ومن شرط صحته أن يكون الاكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجبي من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسألة الزنا وصورتهما غير السلطان اذا أكرهه رجلا على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كأنه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة وأما في غيره فأكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام أيضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قال هذا اختلاف جهة وبرهان انتهى فتدبر (قوله) لان الردة تتعلق بالاعتقاد لا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالايمن لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك) قال صاحب العناية ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه بصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البيئونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما قاله اغو من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان في المعنى وانما التباين بينهما في بعض اللفاظ وهو تبديل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب أن تبديل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فالتحدا معنى فاما معنى جعلهما دليلين وان جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضا لان الواقع

غيرا كراه فصار نظيره ما لو نوى أن يكفر في وقت في المستقبل انتهى وفيه بحث (قوله) ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول لا فرق بين هذين الدليلين في المعنى بل في اللفظ فقط كما لا يخفى

فالقول قوله استحسانا) وفي القياس القول قولها فتقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول اليقونة كالتكلم بالطلاق فيستوى فيه الطائعات والمكره كافي للطلاق وجه الاستحسان (أن اللفظ) يعني كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعني لم يظهر فيها ظهورا يبين من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا (٣٠٨) يقوم اللفظ فيه مقام معناه كافي للطلاق بل دلالتها عليها من حيث أن اللفظ

دليل وترجعه لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه (ف) لهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل أن يكون لفظه موافق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون لفظه (رجحنا الاسلام في الحالين) قبل أي في حال الاكراه على الردة والا كراه على الاسلام (لان الاسلام يعالو ولا يعلى) فلم يجعل كافرا في الصورة الاولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيح الاسلام (وهذا في حق الحكم أما بينه وبين الله تعالى اذالم يعتقده الاسلام فليس بمسلم) وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون

فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعالو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى اذالم يعتقده فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارثة للقتل في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى (قوله) فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله) قال صاحب العناية في حل هذا المحل وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر منها ظهورا يبين من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كافي للطلاق بل دلالة عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجعه لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن أن يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه (أقول) فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالة عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا في المعنى المجازي ولا شك أن اللفظ ههنا هو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لاحقية ولا مجازا وانما هي أي الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستنباع لا بطريق الاصل فصار من قبيل مستنبعات الالفاظ المغيرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز أن يراد بالمجازية ههنا التجاوزة عن المعنى الحقيقي الى أي شئ كان لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتم مستنبعات الالفاظ أيضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية بأباه جدا قوله من قبل يعني لم يظهر فيها ظهورا يبين من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه المحمل المفيد المطابق للشروح ما ذكره صاحب النهاية معزيا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والا كراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا في الايضاح اهـ (قوله) بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعالو ولا يعلى) قال صاحب النهاية وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون

الاقرار كذا (ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة) أي شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دارثة للقتل)

(قوله) وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي) أقول فيه بحث خلفاء الاشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الاقرار ركنا فان الحكمية اذ هو الظاهر لنا وليس في كلامه ما يدل على شرطية الحكم



(قوله ولو قال الذي أكره) معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قواها فثبتت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه قضاء لادبانه لأنه أقر أنه طائع باتيان ما لم يكره عليه لأنه أكره على الانشاء دون الاقرار ومن أقر بالكفر طائعا قال عنت به الكذب لا بصدقه القاضي لأنه خلاف الظاهر وإذا الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق بآنته لأنه ادعى ما يحتمله لفظه (ولو قال أردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر بي إلى الخبر عما مضى بآنت قضاء وديانة لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم نفسه مخلصا غيره) لأنه لما خطر هذا به أمله أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوي (٣٠٩) ذلك والضرورة قد اندفعت

بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر ركن أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فبين امرأته قضاء وديانة والحاصل أن المذكره على إجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه في وجهه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة وفي وجهه يكفر في جميع وفي وجهه يكفر قضاء وفي رفق القاضي بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة وذلك لأنه إذا أجراها فاما أن يخطر بباله غير ما طلب منه أولا والثاني هو الاول والاول ان خطر بباله أن يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كذا وأراد أنه فهو الثالث وان لم يرده فهو الثاني وإذا ظهر لك هذا أمكنك ان تخرج مسألة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم وقوله (لما مر) إشارة إلى قوله لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم نفسه مخلصا غيره والله أعلم بالصواب

ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه حكما لادبانه لأنه أقر أنه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر بي إلى الخبر عما مضى بآنت ديانة وقضاء لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم نفسه مخلصا غيره وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمد آخر غير النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه قضاء لادبانه ولو صلى للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله أعلم

### كتاب الجرح

لا يتحقق شيء من ركني الايمان في المذكره على الاسلام وانما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لاجراء احكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف يتمشى ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على الردة وعلى تقدير أن يكون الاقرار ركنًا من الايمان يسلم أن ثبت حكم الردة بإجراء كلمة الكفر على اللسان لأنه ينتفي الاقرار بذلك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لا نأقول ان من قال بأن الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن أصلي منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن أصلي وفسر معنى كونه ركنًا زائدًا بأن الشارع اعتبره في وجود المركب لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوًا واعتبر المركب موجودًا حكمًا وقد بين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر غنى ما في الكتاب على هذا المذهب أيضا في حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل توقف

### كتاب الجرح

أورد الجرح عقيب الاكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرح على موجب الاختيار الا ان الاكراه كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الجرح كان أحق بالتقديم كذا في الشرح ومن محاسن الجرح أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الوري وفات بينهم في الجرح جعل بعضهم أولى الرأي والنهي ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فمما يرجع إلى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعنوه الذي هو ناقص

### كتاب الجرح

أورد الجرح عقيب الاكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرح على موجب اختياره الا ان الاكراه كان أقوى تأثيرا فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الجرح كان أحق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة

### كتاب الجرح

(قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وهو في اللغة عبارة عن المنع) أقول قوله هو في الموضعين راجع إلى الجرح وقوله هو راجع إلى الشفقة

والآخر التعظيم لامر الله وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وأسبابه مصادر هذه الأسماء وألحق بها المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق ولما كان أسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير (٣١٠) الأباذن وليه ولا تصرف العبد الأباذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب

بجمال ما وأما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فإن تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجي أما عدم جواز تصرف الصبي فلتقصان عقله وأهلية التصرف إنما هي بالعقل لكن أهليته مترتبة واذن وليه آية أهليته وأما العبد فله أهلية لكنه جبر عليه لرعاية حق المولى كي لا تعطل عليه منافع عبده فانه لو لم يثبت الجبر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه ديون قباخذ أربابها كسأبه التي هي منفعة المولى وذلك تعطل لها عنه ولئلا يملك رقبة يتعلق الدين به إذا لم يكن له كسب غير أن المولى إذا أذن فقد رضى بفوات حقه والمجنون الغالب لا يجمعه أهلية فلا يجوز تصرفه بجمال قال (ومن باع من هؤلاء شيئا) أراد بهم هؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بسبب الضر والنفع ينعقد موقوفا إذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لفائدة هذا الحكم أعني

قال (الأسباب الموجبة للجبر ثلاثة الصغر والرق والمجنون فلا يجوز تصرف الصغير الأباذن وليه ولا تصرف العبد الأباذن سيده ولا تصرف المجنون المغلوب بجمال) أما الصغير فلتقصان عقله غير أن اذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا تعطل منافع عبده ولا يملك رقبة بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضى بفوات حقه والمجنون لا يجمعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بجمال أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتب أهليته فلهذا وقع الفرق قال (ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازها إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخبر فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيتحرى مصلحة ما فيه ولا بد أن يعقل البيع ليو جسد كن العقد فينقد موقوفا على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعنوه الذي يصلح وكيلًا عن غيره كما ينفي الوكالة فإن قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي

العقل فأثبت الجبر عليهما عن التصرفات نظر من الشرع لهما لأن الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما إذ ليس لهما عقل كامل يردعهما ويغيز وافر يردعهما وكذلك جبر الصبي والرق في أول أحواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوم فها هو المتوقع من ضررهما يتوقع في حق الصبي وأما الرقيق فإنه يتصرف في مال غيره لأنه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالجبر لرقه نظر المولى ثم إن الجبر في اللغة هو المنع فانه مصدر جبر عليه القاضى إذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في النهاية والعناية (أقول) فيه قصور أما أولا فلأن الجبر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً كما يفصح عنه ما سبأ في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والمجنون توجب الجبر في الأقوال دون الأفعال وأما ثانياً فلأن المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتى الماجن والمتطب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتمدين وسيأتي في الكتاب شيئا فشيئا فقول في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجمل في التعريف المزبور تقييد من حيث إطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الجبر في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولاً بصغر ورق وجنون انتهى (أقول) فيه تدارك للمحذور الأول ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى فالأولى ما ذكر في معراج الدار به فانه قال فيه ثم الجبر لغة المنع مصدر جبر عليه وشرا منعه مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً للشخص معروف مخصوص وهو المستحق للجبر بأي سبب كان انتهى تدبر (قوله الأسباب الموجبة للجبر ثلاثة الصغر والرق والمجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق وألحق بها اشتق منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهي المفتى الماجن والمتطب الجاهل والمكاري المفلس وأما جبر المدين والسفيه بعد ما بلغ رشيداً فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله

كون البيع سالباً والشراء جالباً وهو احتراز عن الهازل فإن بيعه ليس لفائدة هذا الحكم (والولي بالخيار إن شاء أجازها إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه) لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخبر فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيتحرى مصلحة ما فيه ولا بد أن يعقل البيع ليو جسد كن العقد فينقد موقوفا على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعنوه الذي يصلح وكيلًا عن غيره كما ينفي الوكالة فإن قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي

وههنا لم نجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون أو لضرر المولى فوقه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره عن الاشكال انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشترى أما ههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا ههنا فأورد الاشكال وهو موجود (٣١١) في بعض النسخ وكذا في نسخة سماي

وكذا ذكره شيخنا في شرحه (قوله وهذه المعاني الثلاثة) يعني الصغير والرق والمجنون (توجب الجحرف في الاقوال) يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتعمد منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعداد من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمد منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصدقة فانه لا يجزئ فيه على العموم (قوله دون الافعال) يعني ان المعاني الثلاثة لا توجب الجحرف عن الافعال (لان الشأن ان الافعال لا مرد لها) حتى ان ابن آدم لو انقلب على فارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد والمجنون اذا أتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال (لان الافعال توجد حسا ومشاهدة) ويحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا اتلاف

وههنا لم نجد نفاذ عدم الاهلية أو لضرر المولى فوقه قال (وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحرف في الاقوال دون الافعال) لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة

كذا في الشروح (أقول) قد طبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العتق في الجنون وجعل الاسباب الاصلية المنفق عليها ثلاثة وهي الصغير والرق والمجنون وفي كتب الاصول على جعل العتق قسما للجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية ومخالفة له في أكثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذا من النوادر (قوله وهذه المعاني الثلاثة) التي هي الصغير والرق والمجنون توجب الجحرف في الاقوال حتى أوجب التوقف في الاقوال التي تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأوجب الجحرف من الاصل بالاعداد في حكم أقوال تتمتع ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل وهذه المعاني الثلاثة يعني الصغير والرق والمجنون توجب الجحرف في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتعمد منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعداد من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمد منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصدقة فانه لا يجزئ فيه على العموم انتهى كلامه (أقول) خصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسألة الكتاب بالاقتوال المترددة بين المنع والضرر حيث قال أعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلما أخرج عن الاقوال ما تعمد نفعاً وما تعمد ضررا وكان فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الجحرف فيه أصلا دون فائدة ثبوت اخراج الثاني لثبوت الجحرف فيه أيضا في حق الصغير والمجنون خصص معنى ايجاب الجحرف أيضا حيث قال أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأشار بذلك الى عدم ثبوت الجحرف بهذا المعنى في الخصوص فيما يتعمد ضررا من الاقوال ونبه عليه بقوله وأما ما يتعمد منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعداد من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لنسئ من التخصيصين المذكورين يلزم اذ ذلك محذوران أحدهما أنه على ذلك المعنى الذي ذهب اليه الشارح المزبور بصير ما لمعنى هذه المسئلة وهي قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحرف في الاقوال معنى المسئلة السابقة وهي قوله ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصد به المولى بالتخيير ان شاء أجازة اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون في إعادة الثانية فائدة لا تجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج ما يتعمد ضررا من الاقوال كالطلاق والعتاق والاقرار في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحرف في الاقوال وقد أدرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تفريعا على الاصل المذكور وقد وقع التصريح بفناء التفرع في مختصر القدوري في قوله فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحرف

(قوله وكذا ذكره شيخنا في

شرحه) أقول أراد الكافي (قوله يعني ما تردد منها بين النفع والضرر) أقول الاولى عندى هو تعميم الاقوال لما يتعمد ضررا وما تردد بين النفع والضرر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما خصصه المصنف من هذا العموم (قوله فانه يوجب الاعداد من الاصل) أقول فلا ينعقد (قوله في حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول في البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق



(بمخلاف الاقوال لان اعتبارها) حال كونها موجودة حاصل (بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وايس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفى المشروط به وأما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فبالاها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الاعمال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الاعمال فان الموجود (٣١٢) منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول

قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جذا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا يرى أن القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الاعمال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله (الا اذا كان) استثناء من قوله لا مرد لها يعني أن الاعمال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحودود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارثة لما يترتب عليه من الحودود والقصاص قال (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالمولى بالخيار وانما أعاد هذه المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الجبر عن الاقوال لتساق القبوليات في موضع واحد (قوله لان اعتبارها حال

بمخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحودود والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال (والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما)

في الاقوال دون الاعمال فتعين التفريق بنفس عبارته فالوجه عندي أن اللام في الاقوال في قوله توجب الجبر في الاقوال للجنس وأن المراد بايجاب الجبر في قوله توجب الجبر في الاقوال ما يسمي ايجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة بين النفع والضرر وايجاب الاعداد من الاصل كما في الاقوال المتمتعة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم أعني ما تمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسطور بل هذا القسم أيضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفريع المسائل الا تية بأسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الجبر في الاقوال التي تتمتع بنفسها لان تحقق الجبر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع أفرادها فصار الاصل المزبور مجملا وما فرغ عليه من المسائل تبينه فاجعل في تلك المسائل مما يجبر فهو داخل تحت حكم الجبر وما لا فلا تأمل تقف (قوله بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول فيه اشكال لان الطلاق والعناق والعقود عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتمدة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط لا اعتبارها في الشرع ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا عناق الحر البالغ العاقل هازلا وكذا يمينه هازلا ونذره هازلا يصح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الاصول مع أن الهزل يناقض القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل وقال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فبالاها شرط اعتبارها موجودة شرطا بالقصد دون الاعمال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الاعمال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جذا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا يرى أن القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الاعمال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فانه غير متحقق في الانشآت لانها ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى أن أكثر الاقوال المعتمدة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشآت فلا يستتم التقريب وأما في الثاني فلانه منتقض بما تساوى فيه الجد والهزل من الاقوال كالطلاق والعناق ونحوهما تدبر تفهم (قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع

كونها موجودة) أقول لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار أي اعتبارها مفيدة للاحكام بالشرع ومعنى الوجود ما يترتب عليه الاثار والاحكام (قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم) أقول لم يتبين مما ذكره سبب شرطية القصد في اعتبارها موجودة شرعا (قوله فلا بد من القصد) أقول السؤال أنه لم يكن بد من القصد (قوله قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول واذا أريد بالصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تبويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعنوه) رواه الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه (والاعتاق يتمحض مضره) لا محالة (و) الطلاق وان أمكن أن يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي (لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال) أما في الحال (٣١٣) (فعدم الشهوة)

وأما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم ببيان الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك (و) الولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن (لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا يتقدان بمباشرة) أي الولي (بمخلاف سائر العقود) وقوله (وان ألتفاسياً) بيان لتفريق الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله (والحائط المائل بعد الاشهاد) يعني أنه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان (قوله على ما بيناه) إشارة إلى قوله بمخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله (فأما العبد فاقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما اقرارهما ومعناه ظاهر (قوله لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعنوه وكلامه ظاهر

لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعنوه والاعتاق يتمحض مضره ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا يتقدان بمباشرة بخلاف سائر العقود قال (وان ألتفاسياً) أي ألتفاساً لزمهما ضمانه (احيا الحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القول على ما بيناه قال (فأما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعبرى عن تعاق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال (فان أقر بحال لزمه بعد الحرية) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وان أقر بمحض أو قصاص لزمه في الحال) لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك (وينفذ طلاقه) لما روينا وقوله عليه الصلاة والسلام لا عكك العبد والمكاتب شيئاً الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلاً وأيس فيه ابطال ملك المولى ولا تقويت منافع فينة ذوالله أعلم بالصواب

من هؤلاء شيئاً فالولي بالخيار وانما أعاد المسئلة تقريرها على الاصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال لتناق القبوليات في موضع واحد كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء واذا أريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ههنا فانه قال أراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بيعهما وسائر تصرفاتهما الذي يتردد بين النفع والضرر موقوف على اجازة الولي ألا يرى الى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء أجاز له الا اذا أريد بقوله والصبي من لا يعقل أصلاً وبقوله والمجنون الذي لا يفقه أصلاً فينشئ مجرى قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه (أقول) لا مسأغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا تساعد القاعدة فان المعروف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهوداً عما يحمل على الجنس في قاعدة أهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة أهل الاصول كما تقر ركله في موضعه فههنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قاطعاً فلا بد أن يراد بالصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما أو جميع أفرادهما على احدى القاعدتين لاحصة مخصوصة منهما كالتوهم ولتنبيه على مساعدة القاعدة لذلك فلأورد بهما ههنا ذلك القسم العين منهما لزم أن لا تكون أحكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعنوه ولا أحكام اقرارهما وطلاقهما وعناقهما مذكورة في كتاب الجرا أصلاً ان موضع ذكر تلك الاحكام هنا لم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم أن تكون متركة سدى ولا يخفى فسادها ولا يحتلج في وهمك أن اتفهم مما ذكر دلالة لان سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى (قوله والاعتاق يتمحض مضره ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب

(قوله باعتبار موافقة

(٤٠ - تكمله سابع)

(الاخلاق) أقول أي وجوداً أو عدماً (قوله ان لا وقوف له على عدم

التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول يعني أن الطلاق ليس من تلك المصالح التي توقف عليها في الحال (قوله وقوله وان ألتفاسياً) شيئاً لبيان لتفريق الافعال على الاصل المذكور) أقول فيه بحث

## باب الحجر للفساد

آخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع (قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله) غير أن الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكره كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل بماله كالاقرار بالحدود والقصاص أو يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعناق فالجحر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجي.

## باب الحجر للفساد

## باب الحجر للفساد

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله)

العناية في شرح هذا المقام والاعتناق يتمحض مضره لا محالة والطلاق وان أمكن ان يسترددين النفع والضرب باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة وأما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم ببيان الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلان جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضرب مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتمحض ضررا اللهم الا أن يحمل كلامه ههنا على التنزل والله لم يتم فتأمل وأما ثانيا فلانه ان أراد بالمصلحة في قوله والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقرير هاتيك العلة كيف يمكن للولي أن يقف على تلك المصلحة وان أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذلك كرها لغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

## باب الحجر للفساد

آخر هذا الباب لان أسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماء في التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى ولان الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أخرى بالتقديم قال في العناية والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى (أقول) في تفسير كل من معني السفه على الوجه المذكور شيء أما في الاول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل اذا الظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا وأما في الثاني فهو أنه ان كان معني السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه اذا لم يمسأع لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لاعتنائه بنفسه ولا محذور فيه لاما كان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهي عنه مرتكبه بالاسان على الاتفاق ومنه عمل السفيه بالسفه وأما الحجر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكليسة وان كان ذلك التصرف في نفس مال التصرف فهو أمر آخر واما ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله لا على قول



لأنه مبذرماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيجبر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى لان  
الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر  
لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده

أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا انتهى (أقول) ليس هذا الكلام بسديد  
فإن أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحبا كقوله وإن أعتق عبد انفذت عقبه  
وقوله ولود بر عبده جاز وقوله ولو جاءت جارية بولد فادعاه بنت نسبته منه وكان الولد حرا والجارية أم  
ولده وقوله وإن تزوج امرأة حرة كان لها مهرها وأما ما سمي المهر أجاز منه مقدار مهر مثلها وقوله ولو  
طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكاة من مال السفينة وينفق على أولاده  
وزوجته ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه وقوله فإن أراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو أراد عمرة  
واحدة لم يمنع منها وقوله فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله  
ولا يجبر الفاسق عندنا إذا كان مصلحا لماله وإنما المسائل الخلافية بين أبي حنيفة وصاحبيه من  
مسائل هذا الباب ثلاث ثنتان منها مذكورتان في أول الباب في الهداية والبداية أحدهما مسألة  
أنه لا يجبر السفه فيه عند أبي حنيفة ويجبر عندهما وآخرهما مسألة أن الغلام البالغ غير رشيد  
إذا بلغ خسا وعشرين سنة يسلم إليه ماله عند أبي حنيفة وإن لم يؤنس منه الرشيد وعندهما لا يدفع  
إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده وواحدة منهما مذكورة في آخر الباب في الهداية ووحدها  
وهي مسألة أن يجبر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول أبي حنيفة في المسألتين  
الأوليتين أصلا في الذكرو قولهما مانعاه فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لا على  
قوله إلا المسألة الأخيرة المذكورة في الهداية ووحدها فكيف يصح القول بأن مسائل هذا الباب كلها  
مبنية على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة \* ثم أقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم  
أن تلقيب هذا الباب باب الحجر للفساد مبني على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة فانه لا يرى  
الحجر للفساد والسفه أصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لأنه مبذرماله بصرفه لا على الوجه الذي  
يقتضيه العقل فيجبر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي) قال صاحب العناية واستدل المصنف بقوله لأنه  
مبذرماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يجبر عليه نظرا له كالصبي فهذا  
يجبر عليه اه (أقول) تقريره غير مطابق للشروح إذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفه  
على الصبي قياسا تقريرا في وجوب الحجر وبرداله قطعاً قوله فيما سياتي من قبل أبي حنيفة ولا يصح  
القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى  
الكلية وجعل قوله فيجبر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم إن صاحبي النهاية والعناية قالوا هذا الدليل  
الذي ذكره المصنف إنما يصح على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول الشافعي لأن حجر السفه عنده بطريق  
الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظره وقالوا فائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما إذا كان السفه  
مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعند الشافعي يجبر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يجبر عليه  
اه (أقول) فيه نظر لأن من كان مصلحا في ماله لا يسمى سفها في عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب  
العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى  
العقل والشرع وأما كون المصلح في ماله إذا كان مفسدا في دينه يسمى بالسفه على معناه الأصلي فلا  
يجدى تبعاه هنا إذ نحن بصدد بيان حكم السفه في عرف الفقهاء بأنه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة  
ويجبر عليه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي ولو كان الفاسق داخلا في السفه فيه في عرفهم لما  
صح بيان الحكم بالوجه المذكور فإن الفاسق لا يجبر عليه عند أحد من أئمتنا كما سياتي في الكتاب

واستدل المصنف رحمه الله  
بقوله (لأنه مبذرماله بصرفه  
لا على الوجه الذي يقتضيه  
العقل) كل من هو كذلك  
(يجبر عليه نظرا له كالصبي)  
فهذا يجبر عليه (بل أولى  
لان الثابت في حق الصبي  
احتمال التبذير وفي حقه  
حقيقته والدليل على صحة  
هذا منع المال منه والمنع  
لا يفيد بدون الحجر لأنه  
يتلف بلسانه ما منع من يده)  
وهذا الذي ذكره من الدليل  
أنما يصح على قولهما فأما  
على قول الشافعي رحمه الله  
فلا يصح لأن حجر السفه  
عنده بطريق الزجر  
والعقوبة عليه لا بطريق  
النظره والفائدة تظهر فيما  
إذا كان السفه مفسدا في  
دينه مصلحا في ماله كالفاسق  
فعنده يجبر عليه زجرا  
وعقوبة ولا يجبر عليه  
عندهما

(ولابى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل و) كل من هو كذلك (لا يحجر عليه كالرشيد) وفوق بالعبء فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه وأجيب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطباً بالسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كاللحج والجمعة والعيدين والشهادات وشرط الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك حرسقط الاعتراض (وهذا) أى عدم الحجر (لان) في الحجر سلب ولايته و(في سلب ولايته اهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قوله ما واهذا منع عنه المال وتقديره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجره على التبذير والحجر أبغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه وقوله (ولا على الصبي) جواب عن قوله ما اعتباراً بالصبي أى لا يقاس السفه على الصبي (لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر (٣١٦) عليه نظره الشارع مرة باعطاء آله القدرة والجري على خلافه

لسوء اختياره) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد وقوله (ومنع المال مفيد) جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعنى أن منع المال بدون الحجر مفيد (لان غالب السفه) انما يكون (في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد) أى لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شئ تمتنع عن ذلك وان فعل لم يفد (قوله وانا حجر الخ) تفريع على مسألة الحجر ومعناه أن القاضى ان يحجر على السفه على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق جاز تصرفه وكان الواجب أن لا يحجز لان قضاءه لاقى مجتهدا فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضى فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضى المقتضى له

ولابى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهايم وهو أشد ضرراً من التبذير فلا يتحمل إلا على الدفع الأدنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كاللحج على المتطبع الجاهل والمقتضى الحاجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرراً لا على الأدنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر أبغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظره الشارع مرة باعطاء آله القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد (واذا حجر القاضى عليه ثم رفع الى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز) لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى أنه لم يوجد المقتضى له والمقتضى عليه ولو كان قضاءه فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضى الخارج أو الى غيره فقطى بطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لانصال الامضاء به فلا يقبل النقص بعد ذلك (ثم عند أبى حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقال لا يدفع اليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشفه

(قوله ولابى حنيفة أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد) قيل بشكل هذا بالعبء فانه مخاطب عاقل أيضاً ومع ذلك يحجر عليه وأجيب بوجهين أحدهما أنه ذكر الخطاب مطلقاً والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كاللحج وصلاة الجمعة والعيدين والشهادات وشرط الحدود وغيرها والثانى أن المراد بالمخاطب في قوله أنه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله أنه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه هذا زبدة ما في النهاية وغيرها (أقول) بقی في كلام المصنف شئ وهو أن قوله عاقل بعد قوله أنه مخاطب مستدرک لان الخطاب لا يكون الا عاقلاً فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لاحتماله (قوله وقال لا يدفع اليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشفه) قال صاحب العناية ونسأح عبارته في الجمع بين الابد وحتى

والمقتضى عليه ولا مقتضى له ههنا سلماً بوجود المقتضى له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفه مقتضياً له من ظاهر حيث ان الحجر نظره لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان أبى حنيفة رضى الله عنه لم يقل به فصار محلاً للقضاء يحتاج الى امضاء فلورفع تصرفه بعد الحجر الى القاضى الخارج أو الى غيره فقطى بطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لانصال الامضاء به فلا يقبل النقص بعد ذلك ثم ان عند أبى حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام سفهاً منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا يحجر عليه عند ما بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يؤنس الرشد منه وقال لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشفه

(قوله وأجيب بانه قال مخاطب الخ) أقول وله دل الاولى أن يقال المراد مخاطب في حق تصرف يتصل بماله اذ الكلام فيه فيخرج العبد اذ لا مال له ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول فيه بحث (قوله ومعناه أن القاضى ان يحجر على السفه على رأيه) أقول الضمير في رأيه راجع الى القاضى (قوله فصار محلاً) أقول يعنى فصار نفس القضاء محلاً الخ

وتساع عبارته في الجمع بين الابدوحي ظاهر (ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا ولا يخيضة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لان في هذه المدة يصير جذا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه (٣١٧) بطريق التأديب الخ (قوله ولان المنع دليل

آخر وتقر به أن المنع بعد البلوغ اذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا لان العادة وجدانه في أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقد رذلك بخمس وعشرين سنة ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشرة سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقد رذلك بسبع سنين اعتبارا بعادة التمييز في الابتداء على ما أشار اليه عليه الصلاة والسلام بقوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا) ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفها لا يمنع عنه المال لانه ليس بأثر الصبا فان قيل الدفع معلق بآيئاس الرشد فإلما يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بأن الشرط بوجوب الوجود عند الوجود لا بعدم عند عدم سلمناه لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناهيا في الاصله قال (ثم

ولا يجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولا يخيضة رحمه الله أن المنع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه قد يصير جذا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع وله هذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفها لا يمنع المال عنه لانه ليس بأثر الصبا ثم لا يتأني التفريع على قوله

ظاهر اه (أقول) يمكن توجيه عبارته بأن يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما جعل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يمتلئ مؤمنا متعة مدا جزاؤه جهنم خالدا فيها على المكث الطويل فينشذ لا تدافع بين الابدوحي كما لا يخفى (قوله ولا يخيضة رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه قد يصير جذا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع) قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لان في هذه المدة يصير جذا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اه كلامه وقد انتفى أثره الشارح العيني (أقول) في تقرير الوجه الاول على ما ذكره خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء ان المعلول هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعد ابتداء على عدم كون المحل قابلا للتأديب مع تحقق السفه بعدها أيضا ولا شك أن يتخلف المعلول عن العلة باطل ولهذا قال في دليل الامامين فيبقى ما بقي العلة فاعتبار التأديب مع المنع في جانب المعلول باطل أيضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندى في تقرير الوجه الاول أن يقال ان علة المنع ليس هو السفه وحده بل هو مع قصد التأديب فاذا لم يبق المحل قابلا للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانتهت العلة بانتفاء أحد جزأيه وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعلول الذي هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فان قيل الدفع معلق بآيئاس الرشد فإلما يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بأن الشرط بوجوب الوجود عند الوجود لا بعدم عند عدم سلمناه لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناهيا في الاصله (أقول) الظاهر أن كونه متناهيا في الاصله عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في المجنون أيضا مع عدم تصور الرشده سلمناه لكنه لا يتأني التفريع على قوله) أراد أن التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتأني على قول أبي حنيفة رضي الله عنه

(قوله وتساع عبارته في الجمع بين الابدوحي ظاهر) أقول أراد بالابد الزمان المديد بقربه قوله حتى (قوله سلمناه لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كما سلف من الشارح في أواخر الصحيفة السابقة وجوابه ظاهر فانه مذكور سند المنع هنا ويكتفى الاحتمال فيه



(وانما التفرع على قول من يرى الحجر فعنده الماصح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع لظهور فائدة الحجر عليه) فيكون موقفا (فان رأى الحاكم فيه مصلحة) بان كان يمثل القيمة او كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا بيده (أجازة) وان كان الثمن أقل من القيمة او كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجزه لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شيء من البديل واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لان ركن التصرف قد وجد) وذلك بوجوب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من أهله بوجوب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفقه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله (لنظرة فان الحاكم نصب ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر) وهو (٣١٨) اهدار آدميته (والنظر) له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان (فلا بد من مرجع وهو القضاء

وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا) عليه (عنده) اذا العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيترب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشدا ثم صار سفيا) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضى القاضي

وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه (وان أعنتق عبدا) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلم يخص قولهما بالذكرا احتراز عن قوله لان عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعد سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا تأثير للحجر عنده بل احتراز عن قولهما في سائر تصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (وذكر أن الاصل عندهما أن

وانما التفرع على قول من يرى الحجر فعنده الماصح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة أجازة الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر للنظر فلا بد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذا العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشدا ثم صار سفيا (وان أعنتق عبدا نفذ عتقه عندهما) وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الخ وما لا فلا لان السفه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لان نقصان في عقله فكذلك السفه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه

لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسئلة من انه اذا بلغ خمس وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم الا أن يراد بالرشد هناك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ وبأباه دليله تأمل توقف قوله لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه) قال في العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك بوجوب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من أهله بوجوب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفقه فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط اه (أقول) يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية ههنا على أن المصنف استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الخ أي استدل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد واستدل على التوقف بقوله والتوقف للنظر الخ فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما انجبه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا الى قوله والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) قال في العناية وفيه بحث من أوجه الاول ان السفه لو خفت في عيونه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره

كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفه في معنى الهازل (بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لان نقصان في عقله فكذلك السفه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) وفيه بحث من أوجه الاول أن السفه لو خفت في عيونه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره

(قوله أو كان البيع خاسرا) أقول فيه بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول هذا انما يدل على الجواز فقط ثم المراد من قوله الجواز الانعقاد (قوله بل احتراز عن قولهما الخ) أقول فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر تصرفات بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس الا كما يدل عليه نصيحه بخلاف الشافعي (قوله وأعتق رقبة لم ينفذ ما القاضي) أقول أي لا يجعل اعتاقه عن كفارة عيونه لانه لا ينفذ اعتاقه أصلا فانه نافذ ويجب عليه السعاية وعلى السفه الحائث الصوم كالمعسر اذا خفت في عيونه أو ظاهر عن امرأته

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جذهن جذوه رهن جذوه قد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل إذا اعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمجور بالسفه إذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث أن التعديل المذكور إنما يصح في حق السفه لافي حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لانقصان في العقل والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما اضعاف المقصود من الحجر لا مكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة (٣٩) العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (والاصل عنده أن

والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ به شيء من تصرفاته الا الطلاق كالرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفه (و) اذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد أنه لا تجب السعاية لانها لو جبت انما تجب حقا لاعتقه والسعاية ما عهد وجوبه في الشرع الا لحق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا أنه لا تجب السعاية مادام المولى حيا لانه باق على ملكه

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جذهن جذوه رهن جذوه وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل إذا اعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعاية والمجور بالسفه إذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه والثالث أن التعديل المذكور إنما يصح في حق السفه لافي حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لانقصان في العقل والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما اضعاف المقصود من الحجر لا مكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اه (أقول) في الجواب عن الاول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث أيضا أما في الجواب عن الاول فلا أن حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفه وهذا لا يجدي شيئا في دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قوله ما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا بعدم تنفيذ القاضى تصرف السفه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل في شيء منهم ما فاذ كر في الجواب بقوى البحث فضلا عن أن يدفعه وأما في الجواب عن الثاني فلا أن ما سيجي في الكتاب هو قول المصنف لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليك أن هذا أيضا لا يدفع نقض الكلية المتعبرة في أصلهما كما هو حاصل البحث الثاني أيضا بل يقويه كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذهنا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك اه (أقول) كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المحرور في قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من

لغير مائه أو ورثته فاذا أعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغير مائه في جميع قيمته أو لو ورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواء لمعنى النظر الى آخر النسكته (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعاية لانها لو جبت لو جبت حقا لاعتقه وذلك غير معهود في الشرع وانما المعهود أن يحب الغير المعتق) كما في اعتاق أحد الشر يكتن فانه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلا أن تلك انشاء حقه كان أولى (الا أنه لا تجب السعاية في حياة المولى لانه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديننا

(قوله والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به الخ) أقول فيه بحث اذهنا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك (قوله والباقي على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول ولا ينتقض بالمكاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيله

بينهما (والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فانه لا يزال الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلا لالزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ به شيء من تصرفاته الا الطلاق كالرقيق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفه) قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى ان تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحودود والقصاص وههنا لاحق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذا (فاذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض) لاجل النظر

(فان مات ولم يؤنس منه رشدي سعى في قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر) والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا يرى أن مصلحا لودبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد أن يسعى في قيمته مدبرا لغرمائه قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قتلا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كالأعتقه وأجيب بأن الأصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا تظهر سببته في ايجاب السعاية عليه قنا وانما تظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا يرى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير (ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله) وابقاؤه من الحوائج الاصلية لحياة ذكر الانسان ببقاء الولد بعدم موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاء فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لاسبيل عليها لاحد وان مات مديونا (وان لم يكن معها ولد) أي ان لم يعلم لها ولدها (وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد) لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالأقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته (بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها) (٣٣٠) في ابطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه (وتظيره المريض اذا ادعى ولده

جاريته على هذا التفصيل) يعني أن يكون معها ولد أو لم يكن الخ قال (وان تزوج امرأة جازنكا حها) كلامه واضح وقوله (وصار كالريض مرض الموت) يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا أن الزيادة في المرض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة أصلا وقوله (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة) يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بمهر في عقد واحد أو في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فإنه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة

واذا مات ولم يؤنس منه الرشدي سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا أعتقه بعد التدبير (ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده) لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها) لانه كالأقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها وتظيره المريض اذا ادعى ولده جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج امرأة جازنكا حها) لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائج الاصلية (وان مميها مهر اجاز منه مقدار مهر مثلها) لانه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لانه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية ولا نظره فيه فلم تصح الزيادة وصار كالريض مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله) لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة) لما بينا قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) لانها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته ومن يجب نفقته من ذوى أرحامه) لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذى الرحم واجب عليه لقربانته

الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفيه كما أن المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن أن الضمير المزبور راجع الى حق الهازل في قوله لا في حق الهازل فالمعنى والذي يصح في حق الهازل أن يقال اقصد

اللاعب

(لما بينا) يعني قوله لانه من ضرورات النكاح وهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة رحمه

الله على أنه لا فائدة في الحجر عليه لانه لا يسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا أضربه من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في الزوج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلق قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) والأصل في هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أو جبه الله تعالى كالأزكاة وحجة الاسلام أو كان من حقوق الناس كنفقة من يجب نفقته عليه فهذا والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه

(قوله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة) أقول أي ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الاهلية فانها تزول بالموت (قوله لانه من ضرورات النكاح) أقول والظاهر أنه يشربه الى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته مقدار مهر المثل وبطلان الفضل (قوله وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة) أقول قال الاتفاني لكنهما يقولان السفه ليس بمعناب هذا الطريق لان السفه المعتاد ما يحصل له نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا وليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يصل اليه لذة أو راحة غرض وبعد الدخول ان تحقق غرض لكنه محصور لا يتصور فيه المجاوزة حذو والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب أو يقال بأنه لا يمكن رده بقدر السفه لان طريق رده أن يلحقه بالهازل والهازل والجاذ في هذا سواء انتهى وفيه تأمل (قوله قال عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلق) أقول لعسيلة النساء



ولا يبطل شيئا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقسم البيعة عليها وعسرة القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيئا الا في الولدان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفاه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجها لكن لا بد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة (قوله وهذا) أي ما ذكرناه مما أوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعني ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر عيینه وظهاره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير (لأنه) أي كل واحد (مما يجب بفعله) اذا السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب ونضييع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأنى يصح مع القدرة عليها أجيب بأن الاستطاعة منتفية لان دلائل الحجر توجب السعاية على من بعته السفه كاتقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار (قوله ولن أراد حجة الاسلام) واضح وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا) لذلك والقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كالو اراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جنابة (٣٢١) فان كانت مما يجزئ فيه

الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن ولزمه الدم يؤدي اذا أصلم (فان مرض أو وصى) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالباً تكون في المرض فان السفه الصحيح اذا أوصى بوصية في حكمها كحكم المريض والقياس ينقيها كالتبرع في حياته واستحسنوا فيها اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى أن يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال في أمر دنياه وحينئذ لا نظره في المانع وانما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك

والسفه لا يبطل حقوق الناس الا أن القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أميناً معه كي لا يصرفه في غيره وفي النفقة يدفع الى أمينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر عيینه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يندثر أموالهم هذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداءً بغير فعله قال (فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانه اوجبه عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه (ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج بنفقها عليه في طريق الحج) كي لا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القرآن) لانه لا يمنع من اقرار السفر لكل واحد منهم فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) نحر زاعن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجزئ غيرها وهي جزور أو بقرة قال (فان مرض أو وصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه) لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو نوايا وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى قال (ولا يجزئ على الفاسق اذا كان مصلحاً له عندنا والفاسق الاصل والطارئ سواء) وقال الشافعي يجزئ عليه زجره وعقوبة عليه كافي السفه ولهذا لم يجعل أهل الولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية

الله به دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفه فقط فيحتمل أن لا يكون لبحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى (قوله ولنا قوله تعالى فان أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية

(٤١ - تكملة سابع) (وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) فن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفهها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا في أربعة مواضع أحدها أنه يجوز للاب ولو وصى الاب أن يتصرف على الصغير يشترى له مالا ويبيع ولا يجوز تصرف الاب ولو وصى الاب على البالغ السفه الا بأمر الحكم والثاني أنه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه (والرابع أن الذي لم يبلغ اذا بر عبده لا يصح تدبيره وهذا السفه اذا بر عبده صح تدبيره) قوله ولا يجزئ على الفاسق اذا كان مصلحاً له عندنا والفاسق الاصل والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله يجزئ عليه) ومبنى هذا الاختلاف على أن الحجر عنده لا لزجره والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيجبر عليه وان كان مصلحاً له وعندنا لا ننظر له في ماله فاذا أصلم ماله لم يبق عليه حجر (وذلك لان الله تعالى قال فان أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم الآية)

(قوله فلا يلزم اقراره شيئا الا في الولدان) أقول في غاية البيان ثم لا يصدق السفه في اقراره بالنسب اذا كان رجلا الا في أربعة أشياء في الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة وان كانت المفسدة أمرأة فانما تصدق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوجة ومولى العتاقة انتهى فتنبه لما بينهما من المخالفة (قوله الا في أربعة مواضع) أقول يعني سوى الوصية حيث علم حالها

عندنا لاسلامه فيكون  
وليس بالتصرف وقد قررناه  
قبما تقدم) يعني في أول  
كتاب النكاح (ويحجر القاضي  
عندهما أيضا وهو قول  
الشافعي على من ليس  
بسفیه لكنه متغفل) يعني  
في التجارات (ولا يصبر عنها  
لسلامة قلبه لما في الحرج من  
النظر له) واعرض بأنه  
خلاف ما ثبت عن النبي  
صلى الله عليه وسلم فإنه  
ما حرج على حبان بن منقذ  
وكان يغبن في التجارات بل  
قال صلى الله عليه وسلم  
قل لا خلاية ولي الخيار  
ثلاثة أيام وأجيب بأن الحرج  
على المغفل ثبت بدلالة قوله  
تعالى ولا تؤثوا السفهاء  
أموالكم لما أنه يتلف الاموال  
كالسفيه فلا يعارضه خبر  
الواحد ورد بأن ذلك لمنع المال  
وليس النزاع فيه وإنما النزاع  
في الحرج والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله نكر الرشد وهو  
باطلاقة يتناول القليل منه  
والكثير) أقول وللخصم  
أن يمنع مستندا بانصراف  
المطلق الى الكامل (قوله  
ومن أصح في ماله الخ)  
أقول وكذا من أصح دينه  
دون ماله كالمغفل فلا  
ذ كرام ينتقض به فتأمل  
(قوله ورد بأن ذلك لمنع  
المال) أقول ويجوز أن

وقد أونس منه نوع رشد فتناوله النكحة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه  
فيكون والبالا لتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب  
الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها سلامة قلبه لما في الحرج من النظر له

وقد أونس منه نوع رشد فتناوله النكحة المطلقة) قال في النهاية وفي المبسوط فقوله تعالى رشدا  
منكر في موضع الاثبات والنكحة في موضع الاثبات تخص ولا تهم فاذا أوجد رشدا فقد وجد  
الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى (أقول) تقرير دليل أعتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في  
الكتاب وفي المبسوط ينتقض بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفیه المصلح في دينه دون ماله فإنه  
يحجر عليه عندهما كما مر مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فتناوله النكحة المطلقة  
فيجب أن يدفع اليه أيضا ماله والظاهر في تقرير استدلال اعتنا بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره  
صاحب الكفاية بعد ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال ولأن الرشد في  
المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كي لا تهم النكحة المطلقة أولان الدفع معلق  
بأنه رشد واحد لانه نكحة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد في الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا  
برشد في دينه فتدبر (قوله ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون والبالا لتصرف)  
أقول يرد الانتقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله ما لا محالة لان الاسلام فيه أيضا متحقق بل فيه  
أقوى فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون والبالا لتصرف أيضا غير محجور عليه كإذهب  
اليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن  
يغبن في التجارات الخ) واعرض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فإنه ما حرج على حبان  
بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال صلى الله عليه وسلم قل لا خلاية ولي الخيار  
بشرط الخيار وما حرج وأجيب بأن الحرج على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤثوا السفهاء أموالكم  
لما أنه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب  
العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب ورد بأن ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وإنما النزاع في الحرج  
انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال يفهم منه الحرج أيضا بطريق الدلالة وان لم يفد المنع كما  
سبق من دليلهما اه (أقول) ويجوز أن يرد هذا أيضا بأن الحرج أبلغ من منع المال في العقوبة كما مر  
في دليل أبي حنيفة على عدم الحرج على السفیه فأنى يفهم من منع المال الحرج بطريق الدلالة وأن منع المال  
مفقد لان غالب السفیه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد كما مر هذا أيضا في دليله جوابا  
عن قوله ما المنع لا يفيد بدون الحرج فيسقط قول ذلك القائل ههنا وان لم يفد المنع كما سبق من  
دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظرا لان  
في حديث حبان بن منقذ نوع حرج لانه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار  
كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم اه (أقول) ليس ما قاله بشيء اذ لا شك انه لا حرج في الحديث  
المزبور على حبان في شيء بل فيه ارشاده الى ما يابق بحاله من شرط الخيار في البيوع وقول الشارح المذكور  
فصار كالمحجور في البيوع المطلقة يشعر باعتراؤه أيضا بأنه لم يصرح بحجور عليه حقيقة في شيء فلا يجدي  
ما قاله شيئا ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيوع المطلقة أي في البيوع التي لم  
يشترط فيها الخيار فلا تنفع لها في دفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الامامين والشافعي أن يحجر  
القاضي على المغفل في بيعه مطلقا أي سواء شرط فيها الخيار أم لا فيرد عليه ان الحرج على المغفل في  
بيوعه التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

**فصل في حد البلوغ** البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قال (بلوغ الغلام بالاحتلام الخ) الحلم بالضم (٣٣٣) ما يراه الذائم يقال حلم واحتلم بلوغ

الغلام بالاحتلام والاحتلام هو الانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فاني سمع من ذلك فحتي يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتي يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتي يتم لها سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي رحمه الله وكلامه

**فصل في حد البلوغ** قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحتلام هو الانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتي يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتي يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند أبي حنيفة وقال اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحتلام لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين وأما السن فلمهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيه ما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتيبي وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به غير أن الاناث نشوهن وادراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتغالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لاحالة قال (واذا راق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لانه معنى لا يعرف الا من جهتهم ما ظاهرا فاذا أخبر به ولم يكذبهم ما الظاهر قبل قولهم ما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا أقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنتان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضي الله عنه (قوله واذا راق الغلام أو الجارية) يقال راقه أى دنى منه وصبي مراهق أى دان للحلم (وأشكل أمره في البلوغ ولم يعلم ذلك الا منه فقال قد بلغت فالقول قولهما) ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتى عشرة سنة أو أكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذب وقد أشار الى ذلك بقوله (وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين) والله أعلم

**فصل في حد البلوغ** البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بدم من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول بردي على قوله للتيقن به اعتراض قوى وهو أنه لا شك أن المتيقن به في بلوغ الصبي رشده انما هو أكثر ما قيل في أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه منها لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة أشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو أكثر ما قيل في أشده بل اريب ثم انى لم أر أحدا من الشراح طم حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالان قيل ينبغى أن يقال بالاكثر لانه المتيقن اذا أدنى يكون في الاكثر دون العكس فلنا أول الآية ولا تقر بوامال التقسيم الى قوله حتى يبلغ أشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل في تفسيره ثمانى عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لابدأن بمد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لايكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فينبى الحكم عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعاً قوله تعالى حتى يبلغ أشده فجرد دخول مد الحكم السابق الى ثمانى عشرة في مده الى أقصى ما قيل في تفسيره الاشد لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما اذا مد الحكم الى أقصاه أيضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في أصل التعديل أن يقال وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا أنه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به وأما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصول

**فصل في حد البلوغ** قال المصنف (فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول فيه بحث



## باب الجبر بسبب الدين

الدين أيضا من أسباب الجبر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم أثر تأخيرهم وينبغي للقاضي أن يشهد أنه جبر عليه في ماله احتياطاً للمنفق (٣٢٤) التجاحد ان وقع وان يبين أن الجبر كان بسبب الدين لأنه مختص بالمال

## باب الجبر بسبب الدين

(قال أبو حنيفة لا أجبر في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والجبر عليه لم أجبر عليه) لأن في الجبر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لأنه نوع جبر ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص

## باب الجبر بسبب الدين

تلقب هذا الباب بالجبر بسبب الدين وما قبله بالجبر للفساد ما على قوالها فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مفاصلة الجذ من علم الفرائض لأن أبا حنيفة لا يرى شيئاً منها وأما على قولهم جميعاً بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتاً منهم ما ونفياً عنه ثم إن الجبر بسبب الدين لما كان مشروطاً بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر إلى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم أثر تأخيرهم عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا أجبر في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والجبر عليه لم أجبر عليه لأن في الجبر عليه إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) قال صاحب العناية في هذا المقام وأبو حنيفة لا يجوز له لأن فيه إهدار أهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلی للادنى انتهى (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا يترك الأعلی للادنى لا يناسب ما قبله من المتقدمين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة أن يقال فلا يتحمل الأعلی لدفع الادنى كما قاله المصنف في أوائل باب الجبر للفساد وأشار إليه ههنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يترك وبك وقوله فلا يترك سهو من النسخ انتهى \* ثم أقول يمكن توجيه ما عليه النسخ الآن بوجوه الأول أن يحمل المراد بالأعلی في قوله فلا يترك الأعلی للادنى على أهلية المديون لا على إهدار أهليته وبالأدنى على المال نفسه لا على ضرره يرشد إليه أنه قال لا أدنى ولم يقل لدفع الادنى كما قاله المصنف ولا شك أن كون إهدار أهليته ضرراً فوق ضرر المال إنما هو بسبب كون أهليته أعلى أي أشرف وكون المال أدنى أي أخس فإن ضرر رفوت الأشرف فوق ضرر رفوت الأخس لا محالة فإن قلت المطابق لقوله في السؤال الثاني وإنما يكون الأول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالأعلی إهدار الأهلية وبالأدنى ضرراً يقابله قلت تطبيق ما في الموضعين في حيز المراد غير لازم فإن علو نفس الأهلية شرفاً وعلو إهدارها ضرراً متشاكلان وكذا ذنابة نفس المال ودفع ضرره مجازان براد بالأعلی والأدنى في موضع نفس الأهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررهما ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على المتأمل والثاني أن يحمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الإبقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الأعلی للادنى فلا يبقى الضرر الأعلى لأجل الضرر الأدنى أي لأجل دفعه ومحى الترك بمعنى الإبقاء واقع في التنزيل كقوله جل اسمه وتركنا عليه في الآخري أي أبقينا نص عليه في القاموس وسأنتع في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف أيضاً في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من

الموجوده في الحال دون ما يحدث له بالكسب أو غيره حتى يعلم أنه لو تصرف في الحادث نفذ وأن يبين من الجبر لأجله باسمه لأنه يرتفع بإبراء الغريم ووصول حقه إليه فيحتاج إلى معرفته (وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوز له لأن فيه إهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلی للادنى فإن قيل إهدار الأهلية ضرر يلحق المديون وترك الجبر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الأول أعلى أن لو كانا في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن ينسب دفع الجبر لا محالة والجبر ضرر يلحق المديون مجازاً شرعاً ولو لم يكن أعلى ما يدفع به ضرر الدائن وإهدار الأهلية أعلى من الجبر فيكون أعلى من ضرر الدائن وإذا كان كذلك (فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لأنه نوع جبر ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص

## باب الجبر بسبب الدين

(قوله فلا يترك الأعلی للادنى) أقول فيه بحث ولعل العبارة فلا يترك وقوله فلا يترك سهو من النسخ (قوله وإنما يكون الأول أعلى الخ) أقول في الحصر بحث (قوله ولو لم يكن أعلى) أقول من ضرر الدائن (قوله وإهدار الأهلية أعلى الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ولأنه تجارة لا عن تراض الخ) أقول قال الله تعالى ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض

ثياب يده ويبيع الباقي فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المثل لان المتبادر من نفي ابقاء اهدار  
 الاهلية فحقق اهدارها أولا اذا البقاء فرع التحقيق ومذهب أبي حنيفة أن لا يجوز اهدار اهلية الانسان  
 رأسا لان فيه الحاقه باليهائم قلت لا نسلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون البقاء فرع التحقيق انما هو في  
 الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلتزم المثل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقدرينة المقام  
 والنسأل أن نحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى للثلاثة علم أهل الكتاب وفي قوله  
 تعالى لا أقسم بهذا البلد وغيرهما من الأمثلة فان قلت قد عينت مواقع زيادة لا في أكثر كتب  
 النحو أحدها مع الواو بعد النفي وثانيها بعد أن المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع  
 المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها في شيء قلت ذكر ابن هشام في معنى اللبيب وقوع  
 لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعدمها قوله تعالى وما يشعركم أنها اذا جاءت لا يؤمنون فبين فتح  
 الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لازائدة والالكان عذر الكفار وعدمها أيضا قوله  
 تعالى وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون وقال فقيل لازائدة والمعنى تمتنع على أهل قرية قدرنا  
 اهلا كهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة اه ولا يخفى أن هذين الموضعين ليسا  
 من المواقع الاربعية المعينة وموافق لما نحن فيه فكفى بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه فان قلت  
 لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله لا أدنى اذ لا معنى لأن يقال يترك الضرر الأعلى للضرر الأدنى فان  
 ترك الضرر الأعلى ليس للضرر الأدنى بل لكونه أشد وأقبح منه ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله لا أدنى  
 لدفع الأدنى وأما اذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر فساد المعنى أظهر اذ يصير المعنى اذ ذاك فيترك الضرر  
 الأعلى لدفع الضرر الأدنى فيلزم أن لا يتحمل شيء من الضررين وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم  
 ذلك بأن يحتمل اللام في قوله لا أدنى على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الأعلى عند تيسر  
 الضرر الأدنى لو حو ب اختيار أهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ومحى اللام معنى عند قد  
 ذكره ابن هشام في معنى اللبيب ومثله بقوله لم يكتبه خمس خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة  
 قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم اه والانصاف ان هذا الوجه  
 أبعد الوجوه التي ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لکن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ  
 من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية ثم قال صاحب  
 العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الجور ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول  
 أعلى لو كانا في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا بحالة والحبس ضرر يلحق  
 المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن أعلى ما يدفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى  
 من ضرر الدائن اه كلامه (أقول) حاصل السؤال منع كون اهدار اهلية المديون أعلى ضررا من  
 ضرر الدائن مستندا بكونه ما في شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة  
 بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا نقرر به أن اهدار الاهلية أعلى ضررا من  
 الحبس والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بملاحظة  
 مقدمة مقررة وهي أن الأعلى من الأعلى من الشيء أعلى من ذلك الشيء ولا شك ان هذا القياس يقتضي  
 كون اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وان كانا في شخصين فقط المنع وبطل السند ولكن  
 لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن فوقع  
 خفاء بينها الشارح المذكور أولا بما حاصله أن ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس أعلى ضررا  
 من ضرر الدائن لما دفع هذا بذالك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورها ما بلا بيان \* ثم أقول  
 في الجواب بحث أما أولا فلا ن قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا بحالة في حيز المنع لجواز أن يختار

المديون الحبس أبدا ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن وأما ثانيا فلا نحبس لو كان  
 أعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر  
 الأعلى لدفع الضرر الأدنى كما هو الأساس في إثبات مذهبه في هذه المسئلة مع أن الحبس جائز بالاجتماع  
 ومتعين عند أبي حنيفة ويمكن أن يجاب عن الأول بأن اختيار المديون الحبس الأبدى مع قدرته على  
 أداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة إلا بغاية الندرة ومبنى الأحكام الشرعية على الغالب لا كثر  
 وعن الثاني بأن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء لظلم المديون الدائن  
 بالمماطلة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس من جزاء المماطلة حيث  
 قال وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يجعل بحبسه وأمره بدفع ما عليه  
 لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وإشارته إليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور بقوله  
 والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولعل قصده الإشارة إليه كان باعثا على ذكر هذه المقدمة أثناء  
 الجواب والافلامدخل له أصلا في إثبات المقدمة المتنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فإذا  
 كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضا لا لمجرد دفع هذا  
 الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبي حنيفة لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى فإن  
 قلت هب أن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له ولجزاء ظلم المماطلة معا لئلا يندفع به ظلم  
 المماطلة أيضا كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد ولكن بحبسه أبدأ حتى يبيعه في دينه ابقاء لحق الغرماء  
 ودفع الظلم اه فبقياس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة ولو لم يكن أعلى ما ندفع به ضرر الدائن يقال  
 ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم أن يكون الحبس أعلى من ظلم المماطلة  
 أيضا فيعود انتقاض قوله لا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الآتي وهو  
 المراد بقول المصنف فيما بعد دفعه لظلمه لا ظلمه الماضي إذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة  
 لأنه عرض لا يبق والذى جعل الحبس جزاءه إنما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي  
 مع دفع ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الدائن أيضا فلا يمتشي النقض بالنظر إلى مجازاة ظلمه الماضي  
 كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول إن قوله لا يتحمل الأعلى  
 لدفع الأدنى قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في  
 فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الجبر بسبب الدين فإنه لم يثبت بنص فيجرب فيه القياس وبسقط  
 النقض بالحبس قطعا لا يقال الجبر بسبب الدين أيضا ثبت بالنص وهو ما روى أن معاذ را كتبه ديون  
 فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالخصص كما ذكر في البدائع والتبيين  
 وبعض شروح هذا الكتاب دليلا على قول الإمامين في هذه المسئلة لا نأقول أجابوا عنه في تلك  
 الكتب أيضا عن قبل أبي حنيفة بأن بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه استعان بالنبي  
 عليه الصلاة والسلام وقالوا والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره وبأبي ولا يظن بمعاذ رضي الله  
 عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روى أنه طلب من رسول الله  
 صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله أينال بر كته فيصير دينه مقضيا ببر كته اه فظهر أنه لا نص يدل على  
 جواز الجبر بسبب الدين فتعين أن المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من  
 الأسرار التي وفقت لها بتوفيق الله تعالى ثم إن من المجائب ههنا أني قد ابتليت في زمان من الزمان  
 بأن أمتحن مع بعض من عدى من الأهالي والاعيان لأجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة  
 الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب  
 فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة لوفى قول صاحب العناية



(ولكن يحبس أبدأ حتى يبيعه في دينه) اي فالحق الغرماء ودفع الظلمه (وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه

في الجواب ولولم يكن أعلى ما تدفع به ضرر الدائن وصليته فجعل كلمة أعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة قبني على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين الذين كانا حكمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعاء عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصر عليه وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الامر حتى كادت تقع فتنة عظيمة ولله درمن قال رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره (قوله ولكن يحبس أبدأ حتى يبيعه في دينه) أقول بردي على ظاهر عبارة المصنف ههنا ما أورده صاحب العناية على نظيرها في أوائل باب الحجر للفساد بأن قال تسامح عبارته في الجمع بين الابد وحق ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا أيضا بما وجهناه عبارته هناك من جعل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ههنا بمعنى في كي دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبس أبدأ ليكون سببا لبيعه فلا مسامحة في الجمع أصلا إذ المسامحة انما هي في الجمع بين الابد وحق بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه أمر آخر وراه المسامحة في الجمع تأمل توقف (قوله وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه) أقول لقائل أن يقول لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الحجر على الغني أيضا عندهما نظر الغرماء بل الحجر بسبب الدين انما يفيد فائدته في حق الغني دون المفلس كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس في وضع المسئلة يخل بحق لا يقال قد ذكر في النهاية وغيره انقلا عن الذخيرة أن من منسأ يختم من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والافلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند أبي حنيفة رحمه الله الافلاس في حال الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس أولا وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة كون الحجر متضمنا لحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس اه فيجوز أن يكون ذكر المفلس في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة وتقرر بدايهما كقوله في مذهب أبي حنيفة وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله في مذهب مالك لانه عساه يلجئ ماله في قفون حقهم وقوله فيه أيضا وبيع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالخصص بدل قطع على أن ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذا القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب أن يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل المراد به امان يدي الافلاس فيتناول الغني أيضا اذا الظاهر أن المديون الذي لا يؤدي دينه يدي الافلاس وان كان غنيا في نفسه واما من حاله حال المفلس ولا شك أن الغني الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة

ولكن يحبس حتى يبيعه  
في دينه اي فالحق الغرماء  
ودفع الظلمه وقالا اذا  
طلب غرماء المفلس الحجر  
عليه حجر القاضي عليه

قال المصنف (ولكن  
يحبس أبدأ حتى يبيعه)  
أقول فان قيل الحبس أيضا  
بعد الرضا كما سبق في  
الاكراه فلا يصح البيع  
قلنا الحبس لقضاء الدين بما  
يختاره من الطريق فلا  
يكون اكراهها على البيع  
فليتأمل قال المصنف  
(ودفع الظلمه) أقول فان  
قضاء الدين واجب عليه  
والماطلة ظلم

ومنعه التصرفات) وكلامه ظاهر ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيرا كان أو فاحشا وقوله (التجئة موهومة) لأنه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ولا يرتكب البيع بلا تراض وقوله (والبيع ليس بطريق متعين لذلك) لأنه يمكنه الإبقاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الحب والعنة) فإن التفريق ههنا متعين لأنه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف فاب القاضى منابه في التفريق (٣٢٨) (قوله والحبس لقضاء الدين) جواب عن قوله ما حتى يحبس برفع السنين لأجله

أى لأجل البيع وتقريره سلمنا زوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذى ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أى كيف صح البيع (ولو صح البيع كان الحبس ظلما لأنه اضراجهما بتأخير حتى الدائن وتغيب المدينون فلم يكن مشروعا) ولكنه مشروع بالإجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما خصه بالذكر وان كان هذا بالإجماع لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضى على المدينون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لأنه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله عملا بالشبهين) قبل انعام بعكس حيث لم يجز للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لأنه يلزم ترك أحد الشبهين لأن ولاية

ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) لأن الحجر على السفينة انما يجوز اه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله في فوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباع ماله ان امتنع المفسد من بيعه وقسمه بين غرمائه بالخصص عندهما) لأن البيع مستحق عليه لا ينفاء دينه حتى يحبس لأجله فإذا امتنع فاب القاضى منابه كافي الحب والعنة قلنا التجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الحب والعنة والحبس لقضاء الدين بما اختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضراجهما بتأخير حتى الدائن وتغيب المدينون فلا يكون مشروعا قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضى بغير أمره) وهذا بالإجماع لأن الدائن حق الاخذ من غير رضاه فلقاضى أن يعينه (وان كان دينه دراهم وله دينار أو على ضد ذلك باعها القاضى في دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان والقياس أن لا يبيعه كافي العروض وله ذالم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا وجه الاستحسان أنهم ما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد ثبت للقاضى ولاية التصرف وبالتنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لأن الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فافتقرنا (وباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقارية بدأ باليسر فالأيسر) لما فيه من المسارعة وقيل دستان وهو اختيار الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المدينون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه وبيع الباقي) لأنه كفاية شمس الأئمة الحلواني لأنه اذا غلب ثيابه لا بد له من ملابس قال (فان أقر في حال الحجر بأقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) لأنه تعلق بهذا المال حق الاوabin فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار اغبرهم

(قوله ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) أقول وجهه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع أنهم من جنس التصرف أيضا غير واضح والعهدة في ذلك على القدورى لأن هذه العبارة عبارة القدورى والمصنف معبر عنه ولكنه لو أصلها بتصرف لكان أصح كما لا يخفى (قوله وهذا عند أبي حنيفة استحسانا) قال كثير من الشراح انما خص أبا حنيفة بالذكر وان كان هذا بالإجماع لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضى على المدينون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لأنه نوع من البيع وهو بيع الصرف اه (أقول) ما ذكرناه انما يتم أن لو كان عبارة المصنف وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحسانا وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصا بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو وقول أبي حنيفة فقط وأما عند هما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار بتدبر

القاضى أعم وأقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره اثبت للقاضى اقوته وقوله (وباع في الدين النقود) (قوله) حاصله أن القاضى نصب ناظر افينبغي أن ينظر للمدين كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظره

قال المصنف (والحبس لقضاء الدين بما اختاره من الطريق) أقول لكنه مخالف لما سبق أنفا من قوله ولكن يحبس حتى يبيعه في دينه والامر بهين قال المصنف (فلا يكون مشروعا) أقول لكنه مشروع بالإجماع فلا يصح البيع (قوله لأن الشبهة ترد على قوله الخ) أقول فيه بحث

وقوله (بخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لزم ذلك بعد قضاء الديون يعني اذا استهلك (٣٢٩) مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل

قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء (لأنه مشاهد لامرته) بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وقوله (وان لم يكن أخرجه تحريزا عن هلاكه) لأنه لا يجوز اهلاكه لمكان الدين ألا يرى أنه لو توجه الهلاك اليه بالخمسة لكان له أن يدفعه بماله الغير فكيف يجوز اهلاكه لأجل مال الغير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يخرج من السجن في هذه الصورة أيضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وأنه في الحبس وغیره سواء وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه ظر الجاني الجانب المديون لأنه ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لا إذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه وقوله (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أي لا يمنعهم من أن يدوروا معه أينما دار (بلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يدولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي) ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعده الاطلاق عن الحبس وقبله

بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لامرته (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه) لان حقهم لم يمتلق به لعدم وقت الحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرطامه من يجب نفقته عليه) لان حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يسطر له الحجر وهذا الزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيد ما إلى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظر إلى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن أخرجه تحريزا عن هلاكه والمحرف فيه لا يمكن من الاستغفال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق يدولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي

(قوله بخلاف الاستهلاك) قال جماعة من السراح قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزم ذلك بعد قضاء الديون يعني أنه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه كلامهم (أقول) في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المواخذه بضمانه مقدمة على قضاء الديون كما هو قولهم يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المواخذه بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلاله فالأظهر ألا خسر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف بخلاف الاستهلاك حيث بصير المتلف عليه أسوة للغرماء بخلاف اه أو ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه (قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما هو نظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا أظهر لان قوله من ماله يأبى ارادتها فطعا وعن ههنا واقع في الكافي وغيره بميل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على أحد التوجهين اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر (قوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول كان لفظ مختصر القدرى والبدائية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع وبديل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اه وقد ترك المصنف في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الجمل على التسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة في الهداية لا مري يعترى الانسان في بعض الأحيان على مقتضى البشرية (قوله الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له) قوله الى أن قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدرى في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدرى بقوله وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله لوجوب النظر إلى الميسرة تعديل



وقوله (يقسم بينهم بالخصص) أي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذ القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره وأما المديون في حال محنته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى التسي في فقال رجل عليه ألف درهم ثلثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولا آخر منهم ثلثمائة ولا آخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحسوه يدونهم في مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم قال إذا كان المديون حاضرا فله أن يقضى ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حتى أحد فية تصرف فيه على حسب مشيئته وإن كان المديون غائبا والمديون ثابتة عند القاضى فالقاضى يقسم ماله بين الغرماء بالخصص اذ ليس للقاضى ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله (بينه اليسار ترجيح) اليسار اسم لليسار من أي سرأى استغنى والاعمار مصدر أعسر أي افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار بمعنى

تؤكده ما دل عليه غيره  
إذا الأصل هو العسرة فصار  
كينة ذى اليد في مقابلة  
بينه الخارج وقوله في  
الملازمة (لا يمنعونه الخ)  
تفسير للملازمة (ولا يجلسه  
في موضع لأنه حبس) وليس  
يستحق عليه وعن محمد  
رحمه الله أنه قال للمدعى  
أن يحبس في مسجده  
أو في بيته لأنه ربما يطوف  
في الأسواق والسكك لغير  
حاجة فيتضرر المدعى  
(ولو دخل داره لحاجته)  
كغداء أو غائط (لا يتبعه بل  
يجلس على باب داره إلى أن  
يخرج لأن الإنسان لا بد  
له من موضع خلوة) وعن  
هذا قيل إذا أعطاه  
الغداء أو أعد له موضعا  
لاجل الغائط له أن يمنعه  
عن ذلك حتى لا يهرب (ولو

قال (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص) لاستواء حقوقهم في القوة (وقال إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا) لأن القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظر إلى الميسرة وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لأن مال الله تعالى غادر وأخ ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الاظهار فيصلح لدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار ترجح على بينة الاعسار لأنها أكثر أثباتا إذا الأصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لأنه حبس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة ولو اختار المطالب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره لا ضيق عليه إلا إذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فينشئ بحبس دفع الضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها) لما فهم من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأه أمينة تلازمها قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضى على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ

لذلك وأقول كان الأولى والأظهر أن يقدم المصنف قوله إلى أن قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضى لثلاث اعتراض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناتر في تعلق قوله إلى أن قال بقوله قال فان لم يعرف للفلس مال أو أن يترك قوله إلى أن قال ويقول قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلنا كما ذكره تبصر تفهم (قوله ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص لاستواء حقوقهم في القوة) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لأن استواء حقوقهم في القوة انما ينفذ عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الا خريفة تدعى وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالخصص أي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل يوجب لزوم

اختيار المطالب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره لا ضيق والاستواء والأشد (عليه إلا إذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فينشئ بحبس دفع الضرر عنه) وفي معناه منعه عن الاكساب بقدر قوت يومه ولعياله (والدائن الرجل لا يلزم المديونة لاستلزامها الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأه أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) إذا اشترى متاعا من رجل فأفلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضى بطالب البائع على المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالبائع وغيره (ثم للبائع خيار الفسخ

(قوله قال في المغرب وهو خطأ) أقول ويوجه هنا بأنه على سبيل الازدواج كما في قوله عليه الصلاة والسلام ارجعن مأجورات غير مأجورات (قوله لاستلزامها الخلوة بالاجنبية الخ) أقول يعني لاستلزام الملازمة الخلوة الخ والضمير في تلازمها راجع إلى المديونة

لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز عن إيفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فإن قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فإنه عين يرد عليها الفسخ أجاب بقوله (وصار كالسلم) يعني لا نسلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ فإن المسلم فيه دين لا محالة وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس مستحق بالعقد وإنما المستحق به وصف في الذمة أعني الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كالمالك المشتري ملماً وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو ملك به ديناً في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والملي. فإن قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فأدرك رجل وفي رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد فالجواب (٣٣١) أنه معارض بما روى الخصاص

بأسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه وتأويل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فإن قيل ما ذكركم من الدليل أن صح بجميع مقدماته لزم أن لا يفسخ العقد إذا كسدت الفلوس لأن موجب العقد لم يتغير لأن الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد أجيب بأننا لا نسلم عدم التغير لأن موجب العقد ملك فلوس هي وعن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا ينسلك بما إذا عجز المالك

لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وإنما المستحق وصف في الذمة أعني الدين وبقبض العين تحقق بينهما ما يبادله هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها إلا في موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممنوع فأعطى للعين حكم الدين والله أعلم

الاستواء فيما أخذوه ونعم المدعي ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فلي تأمل (قوله لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز عن إيفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة اهـ ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فلي تأمل اهـ (أقول) ليس ذلك بسديد لأن مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة في صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والالزم أن يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة أيضاً ولم يقل به أحد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس ههنا بقوله وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب العناية بل أطبقت على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام الزيلعي وغيرهم والله أعلم

عن أداء البذل فإن موجب العقد لم يتغير وللولي أن يفسخ لأن موجب العقد ملك المولى البذل بالقبض لأنه ليس بدين حقيقة كما تقدم فإذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله وبقبض العين) جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المدين بدفع المنقودة وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلاً عنه فإذا قبض العين بدلاً عنه (تحقق بينهما ما يبادله) من حيث أنه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتقيان قصاصاً (هذا هو الحقيقة) أي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين (فيجب اعتبارها ما لم يتعذر) وقیمانحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ (بخلاف السلم) فإنه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا السلم أو رأس مالك فيجب أن يجعل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما هو في الذمة فكان العجز عنه عجزاً عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله أعلم بالصواب

(قوله والجامع بينهما أنه الخ) أقول فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فلي تأمل (قوله وهو يملك به) أقول الضمير في قوله به راجع إلى العقد

﴿ كتاب المأذون ﴾

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الجبر واسقاط الحق عندنا

﴿ كتاب المأذون ﴾

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الجبر ظاهر المناسبة اذا اذن يقتضى سبق الجبر فلما ترتب باوجودا ترتبنا  
أيضا ذكراروما للتناسب (قوله الاذن الاعلام لغة) أقول لم أرقط في كتب اللغة المتداولة بين  
الثقات مجيء الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذن بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام  
لغة محمل نظري يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المسايخ في كتب الفقه  
تفسير معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف ولعلهم نسأخوا في التفسير فعبروا عن معنى الاذن  
من أذنه في الشيء اذنا أى اباحه كما صرح به في القاموس بما يلزمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع  
الاعمال اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ههنا يحتاج الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال أما اللغة  
فالاذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فيما جرحه من أذنه في الشيء اذنا  
اه ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين والاذن في اللغة الاعلام  
ومنه الاذن وهو الاعلام بدخول الوقت اه وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل  
شرائط الركن من كتاب المأذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى  
اعلام اه فان مدار ما ذكره اتحاد الاذن والاذن حيث استشهدا بمعنى أحدهما على معنى الآخر  
وليس كذلك قطعنا الاظهر في تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه  
حيث قال أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الجبر وهو المنع فكان اطلاقا عن شيء أى شيء كان اه  
(قوله وفي الشرع فك الجبر واسقاط الحق عندنا) قال في غاية البيان يعنى أن العبد كان محجورا عن  
النصرف لحق المولى فاذا أذن له المولى أسقط حق نفسه اه وقال في النهاية أى اذن المولى لعبده  
في التجارة اسقاط لحق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه  
وبالاذن أسقط حق نفسه عنده اه وقال في العناية فان المولى اذا أذن لعبده في التجارة أسقط حق  
نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه اه وقال تاج الشريعة  
لانه كان للمولى حق في رقبة العبد فقبل الاذن لا تتعلق الديون برقبته ولا يكسبه وبعد الاذن يسقط  
هذا الحق وتعلق الديون بها اه وقال في الكفاية وفي الشرع فك الجبر واسقاط الحق وهو حق  
المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بها صونا لحق المولى وانه بالاذن أسقط حقه  
اه فتخلص من المجموع أن المراد بالحق ههنا حق المولى وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال  
واستجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الامور جبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال  
المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه اه قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق  
ههنا حق المنع لاحق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن  
ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سيأتى والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والمولى ان كان  
صيبا اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافي كونه  
حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لاحق غيره فان معنى حق المنع حق  
هو منع عن التصرف على أن تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على أن تكون  
الاضافة بمعنى الام ولا ريب أن الحق الذي هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان  
حقه قطعاً وأما ثانياً فلأنه ان أراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن أنه لا يسقط به أصلاً فممنوع

﴿ كتاب المأذون ﴾

ايراد كتاب المأذون بعد  
كتاب الجبر ظاهر المناسبة  
اذا اذن يقتضى سبق الجبر  
(وهو في اللغة عبارة عن  
الاعلام وفي الشرع فك  
الجبر واسقاط الحق عندنا)  
فان المولى اذا أذن لعبده  
في التجارة أسقط حق  
نفسه الذي كان العبد  
لاجله محجورا عن التصرف  
في مال المولى قبل اذنه

﴿ كتاب المأذون ﴾

(قوله وفي الشرع فك الجبر  
واسقاط الحق عندنا)  
أقول لا يخفى عليك أن  
اذن الصبي والمعتوه ليس  
فيه اسقاط الحق وسيجيء  
تفصيله ثم اعلم أن قوله  
واسقاط الحق عندنا  
كالتفسير لقوله فك الجبر



(والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه (٣٣٣) الناطق وعقله المميز) لكن

لما كان تصرفه بوجوب  
تعلق الدين برقبته أو  
كسبه وذلك حق المولى  
المجبر عنه (فلا بد من اذنه  
كي لا يبطل حقه من غير  
رضاء) فقله واسقاط الحق  
الخ كالتفسيـر لقله  
فك الحجر وقوله عندنا  
اشارة الى خلاف الشافعي  
رحه الله فان الاذن عنده  
توكيل وانابة وصح  
المصنف رحمه الله كونه  
اسقاطا عندنا بقوله  
ولهذا لا يقبل التأقيت  
فانه لما كان تصرفه  
بحكم ملكيته الاصلية  
وأنها عامة لا تختص  
بنوع ومكان ووقت دل  
على أنه اسقاط لحق  
المولى لا غير اذا اسقاطات  
لا تنوقت كالاتفاق  
والعناق فان قيل قوله  
فك الحجر جواب واسقاط  
الحق مذ كور في حيز  
التعريف فكيف جاز  
الاستدلال عليه  
فالجواب من وجهين  
أحدهما أنه ليس باستدلال  
وأما هو تصحيح النقل  
بما يدل على أنه عندنا  
معترف بذلك كما أشرنا  
اليه والثاني أن حكمه  
الشرعي هو تعريفه  
فكان الاستدلال عليه من  
حيث كونه حكما لا من حيث  
كونه تعريفاً وصح المصنف  
كونه يتصرف بأهلية نفسه

والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز  
واشجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا بموجب ما تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال  
المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه

كيف وسياقي أنه اذا الزمت به ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيبيع كل ذلك  
للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما  
اذالم تحيط به مادون فسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه  
بالكفاية البتة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته  
أيضا بالنظر الى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى وأما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا  
يضر اذا المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي أيضا على سبيل  
التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره في تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب  
المأذون ثم ان صاحب النهاية قال وأما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما  
يتناول الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة  
وقال هذا ما ذكره في المبسوط والابيضاح والذخيرة والمغني وغيرها وقد اذنت في أثره الامام الزيلعي  
حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر اه (أقول) كون حكم الاذن  
ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقرر عندهم انما هو أثره الثابت به المترتب  
عليه وقد أشار اليه صاحب النهاية أيضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة  
أن ما يثبت بالشيء ويصير أثره مترتبا عليه لا يصلح أن يكون تفسيره لذلك الشيء محمولا عليه بالمواطاة  
\* ثم أقول ليس المذكور في الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها هكذا وأما  
بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناول الاذن لا الانابة ولا التوكيل  
لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة اه فيجوز أن يكون المراد  
بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبنى للفعول فيؤول الى معنى انفكالك الحجر ويصير صفة للحجر  
ولاشك أن المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبنى للفاعل وصفة للاذن  
فيصح أن يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب أن الانفكالك أثر ثابت بالفك  
كالانكسار مع الكسر ثم ان الاظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة  
حيث قال وأما حكمه فلك المأذون ما كان من قبيل التجارة ووثايعها وضروراتها وعدم ملكه مالم يكن  
كذلك الى هذا اشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكمه  
الى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه  
الناطق وعقله المميز) فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا  
لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك فلا يكون أهلا لسببه  
أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكانب مع  
قيام الرق فيه وهذا لانهم مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضاءها وأدنى طريق قضائها ملك اليد فهو  
الحكم الاصلى للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلى يثبت للعبد وما وراء ذلك  
يخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على أن البائع بالخيار ثم مات فقي اختار البائع البيع يثبت ملك  
العين للوارث على سبيل الخلاف فعن المورث يتصرف بأثره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا

(قوله كما أشرنا اليه) أقول يعني بقوله وصح المصنف الخ

بقوله (ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة على المولى) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو أقر على نفسه (٣٣٤) بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقه وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته

قبل الاذن أيضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع وفوق فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر فان قيل العبد المأذون عديم الاهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك أوجب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقى أصل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الاذن فلك الحجر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لأنه أسقط حقه والساقط لا يعود أوجب بأن الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا بحق الاسقاط فيما يستقبل لان الساقط لا يعود (ثم ان الاذن كما ثبت صريحاً بثبت دلالة

(قوله) ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة الخ) أقول قال صاحب الهداية في أول الوكالة ان وكل صبياً محجوراً عليه يعقل البيع

ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو أذن لعبد يوماً أو شهراً كان مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تنوقت ثم الاذن كما ثبت بالصرح بثبت بالدلالة الكتاب وفي عامة كتب الاصول (أقول) فيه بحث لانهم ان أرادوا أن الرقيق له ملك اليد بأهليته الأصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم بشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك لمولاه رقة لا يدا والمدبر مملوك له بدلا الرقة والقن مملوك له بدلا ورقة فان الرقيق اذا كان مالكاً كايده فكيف يكون مملوكاً لمولاه بدلا في صورة ان كان قن أو مدبراً وان أرادوا أن له ملك اليد بأهليته المكتسبة من مولاه بالاذن أو الكتابة فلا يتم التقرير بآذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه بأهليته الأصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليأمل في التوجيه (قوله) ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة على المولى (قال في العناية وصرح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله) ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة على المولى وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقه وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الاذن أيضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه اه وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقل عن الذخيرة (أقول) يرد على ظاهر قوله لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فانه عاك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب ولا يقتضى شيء منهما أن يكون له مال كما لا يخفى ويمكن أن يقال يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الأصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفى أن الأصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف وأنهما هما الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء اذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء اه وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لان أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوايه على ما سيجيء اه (أقول) في كل من اراده وجوابه سقامة أما في الأول فلا لأنه قال بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر أن يقول بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الاساس والمغرب وكان الصواب أن يقول بذلك إيجار نفسه كما قلت فيما مر وأما في الثاني فلا بناصداً ثبات ما قلنا ان العبد المأذون له يتصرف بعد الاذن لنفسه بأهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف ههنا بما قاله الخصم أصلاً فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوليه دون مذهبنا على أنها لو جلت على مذهب الخصم لم تسلم أيضاً لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يقدح في الحل على مذهبنا فالذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله) ولهذا لا يقبل التأقيت

والشراء وعبد محجوراً عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتعلق بموكلهما (قوله) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء (أقول) بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب انه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء ثم اعلم ان قوله وهذا اشارة الى قوله وصرح المصنف كونه الخ (قوله) والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ) أقول فيه بحث

كما إذا رأى عبده يبيع (و يشتري فسكت بصير ما ذونا عندنا خلافا لفرز الشافعي رحمه الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الاصول قالا السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعله بكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة وقائلا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى حقوق ديون عليه واذا لم يكن ما ذونا تناخرا المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين باتواء حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا ان رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه بزوج نفسه وسكت لا يكون اذنا فالفرق أحيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر رمتوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق (٣٣٥) وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله

وفي الرهن لم يصير سكوته اذنا لان جمعه له اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكما لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة اذا زوج نفسه فانما يصير السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله لان السكوت انما يصير اذنا

كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت بصير ما ذونا عندنا خلافا لفرز الشافعي رحمه الله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أولا أجنبيا بذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا

قال صاحب العناية وصح المصنف كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت ثم قال فان قيل قوله فلان الحجر واسقاط الحق مدكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما ما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معترف بذلك كما أشرفنا اليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فلان تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معترف بذلك عين الاستدلال فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل به هو الاستدلال فسامعني قوله انه ليس باستدلال وأما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له وان كان أثرا مترتبا عليه وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطأة متحد به في الذات فأنى يكون أحدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب أن يقال ليس الاستدلال المسد كور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كأن يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لاصواتنا أو نحو ذلك ولا يخفى أن تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعاً وتظهر هذا ما حققوا في فقه من أن المنع والنقض والمعارض في التعريفات انما تتوجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد (قوله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أولا أجنبيا بذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا) قال الامام الزيلعي في التبيين بعد أن قال مثل هذا كذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيان في فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اه (أقول)

واجازة دفع الضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفاً لان نكاح المملوك مملوك المولى لماسفه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأمكن فسخته فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في أن سكوته اجازة أو لا ولعل الصواب أن يقال ان في ذلك ضرر محقق للمولى فلا يكون السكوت اذنا (ثم لا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أولا أجنبيا بذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا

(قوله اذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول اهما أن يقول ذلك لحسافة المعامل حيث اغتر بعبد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر (قوله وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول اذا كان لحقوق الدين غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضا متوهم فكيف يسقط به الحق الثابت للمولى على العبد لا بد من التأمل (قوله وقيل فيه نظرا لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق الخ) أقول وعندى أن النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كالأجل دفع الضرر حيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا



لان كل من رآه ينظنه مأذونا له فيها فيه افتد فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شئ وشئ من الوجوه المذكورة أعني أن يبيع عينا مملوكا للمولى الخ قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة) اذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشئ كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشتري ما بدله من أنواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلي باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الاعيان لانه أي يبيع الاعيان أصل التجارة والمنافع امكنها فأنه بالأعيان ألحق بها (ولو باع بغبن يسير جاز) بالاتفاق (للعذر لا احتراز عنه وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قالوا البيوع بالغبن الفاحش خلاف (٣٣٦) المقصود اذا المتصور بالبيع الاسترباح دون الاتفاق فكان بمنزلة التبرع ولهذا

اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولا يبي حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبن الفاحش نجاسة على كونه الحر فملكه العبد المأذون لانه به الاذن كالحري يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث فأبو حنيفة رحمه الله سوى ههنا بين البيع والشراء في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الامر بما لحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متهما أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الامر وهذا لا يوجد في تصرف

لان كل من رآه ينظنه مأذونا له فيها فيه افتد فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيد به ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدله من أنواع الاعيان لانه أصل التجارة (ولو باع أو اشتري بالغبن اليسير فهو جائز) اعتذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان أن البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالأهبة وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو حاي في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فجميع ما بقى) لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري أن جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيان في فتاواه وليس الامر كما فهمه اذا الظاهر أن مراد الامام قاضيان أن سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله لا يصير اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد إليه قوله وكذا المرتين اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بل لا ريب ولا دلالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذنا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا باع عينا مملوكا للمولى بغير رضاه بل خلافاه مصرح به في أكثر الشروح وعامة المعتمدين قال في البدائع وأما الاذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهيه فيصير مأذونا في التجارة عندنا لا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصير مأذونا اه وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشترى ولم ينه عنه ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة مال المولى عبده المسلم يشتري شيئا بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا اه فكيف يجوز جعل كلام قاضيان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الاصل بقوله واذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة فالوجه أن يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لان كل من رآه ينظنه مأذونا له فيها فيه افتد فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم) قال صاحب العناية في تفصيل هذا

المأذون لما امر أنه لا يرجع بما لحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء في حقه سواء (وعلى هذا الخلاف التعليل الصبي) اذا أذن له أبوه في التجارة يجوز أن يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبي حنيفة (ولو حاي العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين) فينفذ وان زادت على الثلث (وان كان) عليه دين (فن جميع ما بقى) يعني يؤدي دينه أولا فمابقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لانه رضى بالاذن بسقوط حقه ولهذا الواسطة الوارث حقه في الثامن لانه تصرف المريض في الكل (وان كان الدين محيطا بماله) تبطل المحاباة (يقال للمشتري أن جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر)

يعني اذا جازى في مرض موته (ولما اذن ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له ان يرهن ويرهن لانهما ابقاء واستيفاء وهما من توابع التجارة وملك ان يتقبل الارض) اي يستأجرها (ويستأجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار وبأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح) لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستئجار (٣٣٧) بالدرهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه

شيء بخلاف الاستئجار بالدرهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو آجر نفسه بالدرهم جاز كما سيجي فكذا هذا (وله ان يشتري طعاما فيزرعه في أرضه لانه يصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر به (وله ان يشارك شركة عنان) وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة (ويُدفع المال مضاربة وبأخذها لانه من عادة التجار (وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله) في أحد قوليه (لانه لا يملك العقد على نفسه) لكونه نائباً عن مولاه في التصرف في كسبه ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنه بالدين عليه (فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه

(وله ان يسلم ويقبل السلم) لانه تجارة (وله ان يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال (ويرهن ويرهن) لانهم ممن توابع التجارة فانه ابقاء واستيفاء (ويملك ان يتقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت) لان كل ذلك من صنيع التجار (وبأخذ الارض مزارعة) لان فيه تحصيل الربح (ويشتري طعاما فيزرعه في أرضه) لانه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر به (وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة وبأخذها) لانه من عادة التجار (وله ان يواجر نفسه عندنا) خلافا للشافعي وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يتجر به والرهن لانه يجبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا يتجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه

التعليل وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تقضى الى حقوق ديون عليه واذا لم يكن مأذونا تأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين باؤاء حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان اه واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال له ما ان يقول ذلك لحاجة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اه (أقول) ليس هذا بايراد لان المعامل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهيه عنه ويؤدبه عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا وانما العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده ينهيه عنه ويؤدبه عليه فاذا لم ينهه علم أنه راض فجعل سكونه اذا نادى لالة دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيباليهونه جلالا لعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اه فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حاجته وهذا لا تكون النظائر لما عامله دون خلافه \* ثم أقول بقي شيء في تقرير صاحب العناية وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الديون قد تلحقه وقد لا تلحقه فما الفرق والرجحان لا بد من البيان ثم قال في العناية فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فما الفرق أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه

(٤٣ - تكمله سابع) رأس ماله) لان المولى اذنه بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا (و) ما هو رأس المال المأذون به بالاكتساب (يملك التصرف فيه) ضرورة والمأذون يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها ما ان يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها لا جاز أن يكون من حيث ذاتها لا يعود على موضوعه بالنقض فانه ما اذن له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات أفضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود

قال ( فان أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها ) وقال زفر الشافعي لا يكون مأذونا إلا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر إلهما أن الأذن توكيل وإناابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهةه وينتسب الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا إجماعك بحجته فيخصص بما خصه به كالمضارب ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يخصص بنوع دون نوع

ولا يلزم من كون السكوت أذنا بالنظر إلى ضرر متوهم كونه أذنا بالنظر إلى متحقق وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله وفي الرهن لم يضر سكوته أذنا لأن جعله أذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطولان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكم لأن بطولان ملكه عن الثمن موقوف لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطولان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة إذا زوج نفسه فأعالم بصر السكوت فيه أذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الإسلام لأن السكوت انما يصير أذنا وإجازة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لأن النكاح يكون موقوفا لأن نكاح المملوك فمولى لم ينافيه من إصلاح ملكه ومنافع يضع المملوك كذا ذلك وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وأما كونه موقوفا فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظرا لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته وانما هو في أن سكوته إجازة أولا ولعل الصواب أن يقال إن في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت أذنا إلى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندى أن النظر غير وارد لأن كون السكوت أذنا كان لأجل دفع الضرر حيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل أذنا أه (أقول) كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر ألا كلام في أن كون السكوت أذنا كان لأجل دفع الضرر وانما هو في أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا إذا شك أنه موقوف على إذن المولى فإن كان سكوته أذنا تحقق الضرر فيه والافلا حيث أحتمل أن يكون سكوته أذنا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على إذنه عدم ثبوت الضرر فيها وإن بني عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها أذنا لزم المصادرة أذنا أول الكلام الذي طوالب الفرق بينه وبين ما نحن فيه في أصل السؤال وهو ما هو المراد بقوله في النظر وانما هو في أن سكوته إجازة أولا تأمل تقف (قوله وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر) يعني إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع محدد وصرف منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما إذا سكت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت عنه يكون مأذونا في جميع التجارات خلافا لفرق الشافعي كما ذكر في الإيضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية في هذا المقام وكذا لو كان أذن له أذنا عما ثم نهاه عن نوع أه (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح إذا المراد به ما قررناه أن نفايدل عليه لفظ آخر في قول المصنف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر وبأي ذلك ما قاله صاحب العناية قطعاً كيف ومسألة الأذن العام قد مررت مع متفرعاتها في الصحيفة الأولى ونحن الآن بصدد بيان مسألة الأذن في نوع خاص فلا معنى لخاطه حديث الأذن العام ههنا كما لا يخفى (قوله ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يخصص بنوع دون نوع) أقول لقائل أن يقول إن أريد أنه إسقاط الحق بجملة وفك الحجر بذمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هيبه وأقراضه ونحوه ما من التبرعات وليس كذلك قطعاً كما سيأتي في الكتاب وإن أريد أنه إسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى إذا لا يلزم منه إسقاطه وفك في جميع

قال ( فان أذن له في نوع منها دون غيره ) قد تقدم أن الأذن عنه نافذ في الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي رجحما الله أنه توكيل وإناابة وعلى ذلك تنبئ هذه المسئلة وهي أنه إذا أذن له في نوع من التجارة كالبر من لا دون غيره ( كان مأذونا له في جميع أنواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان أذن له أذنا عما ثم نهاه عن نوع فالأذن توكيل وإناابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهةه والملك وهو الحكم يثبت له ) أي للمولى ( دون العبد ولهذا إجماعك بحجته فيخصص الأذن بما خصه به كالمضارب ) إذا قال له رب المال عمل مضاربة في البر مثلا ( ولنا أن الأذن بإسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه ) في أول كتاب المأذون ( وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يخصص بنوع دون نوع ) لكون التخصيص



انذاك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فلك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد ان يتزوج فلا نه ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف في ملكه لا في ملك غيره لان لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى والهـ اذا جاز ان يجيره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البزودون الخـ اجيب بانه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف بأهليته ومالكه فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز ان يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال غيره وقوله (وحكم التصرف) جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو مما نفعه بالسند أي لان سلم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه وموضعه أصول الفقه قال (وان اذن له في شيء بعينه) اذا اذن المولى في شيء بعينه مثل ان يقول (٣٣٩) اشتر هذا الثوب بعينه أو ثوبا للكسوة

بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه قال (وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذن) لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب معين للكسوة أو طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا بنسده عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اذني الغلة كل شهر كذا أو قال اذني الفلانة حرة لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب أو قال له افعـ صباغا أو قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا في الانواع

التصرفات حتى يلزم ان يكون مأذونا في جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد انه اسقاط الحق وفلك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه مأذونا في جميع أنواع هذا الجنس لا في جميع أنواع أجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلنأمل ان يقول ان اريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع انه لا يتخصص بذلك اذا أطلقه ولم يقيد بنوع فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان اريد بذلك انه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيد بذلك فهو ممنوع كيف هو ولا يتوقف تمامه على اول المسئلة وهو ان يكون الاذن في نوع من التجارة اذنا في جميعها فيؤدي الى المصادرة على المطلوب فان قلت علل صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون نوع بـ وله لكون التخصيص اذنا تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز اهـ فلا مصادرة على المطلوب قلت ذلك التعليل ليس بتمام الدلائل أيضا ان يقول انما يكون التخصيص تصرفا في ملك الغير ان لو أطلق الاذن أو لا فيحقق اسقاط الحق وفلك الحجر على الاطلاق وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقا ثم خصه بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك

أو طعاما رزقا لاهله لم يكن مأذونا وهذا يفيد ان التخصيص قد يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه الى ان من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح اقراره بديون تستغرق رقبته ويؤاخذ به في الحال فلا يستجري أحد على استخدام عبده فيما اشتدت اليه حاجته لان غالب استعمال العبد في شراء الاشياء الحقة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو انه ان اذن بتصرف

يشكر رصير بما مثل ان يقول اشتر لي ثوبا أو قال بعه أو قال بعه هذا الثوب واشتر بتمنه أو دلالة كما اذا قال اذني الغلة كل شهر أو اذني الفلانة حرة فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالتكسب فهو دلالة التكرار أو قال افعـ صباغا أو قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له منه دلالة وهو نوع من الانواع يشكر رصير العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام اهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وأمره مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب انه أمر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحاً فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف رحمه الله يشير الى أن الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاول دون الثاني فتأمل

(قوله اذنا تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز) أقول لا يقال فينبغي ان لا يجوز الحجر بعد الاذن لان التصرف في ملك الغير انما يكون اذا كان للغير ملك وفي الحجر بعد الاذن ليس كذلك تأمل (قوله واجيب بان الاذن فيه تصرف الخ) أقول يعني لان سلم انه فلك الحجر واسقاط الاذن بل هو توكيل وانابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول السؤال معارضة فإلم تظهر قوة هذا الدليل لا يدفع السؤال (قوله لعدم ولايته عليه) أقول فلا يمكن حمله على الاستخدام اذ لا ملك له فيه

قال (واقرار المأذون بالديون والغصب جائز) اقرار المأذون بالديون والغصب والودائع جائز (لان الاقرار به من توابع التجارة) أما بالديون والودائع فظاهر فان البائع قد لا يقبض الثمن فيكون ديناً أو يقبض فيودع عنده وأما بالغصب فلا ان الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لأدى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا أن اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته (ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كفاي الحر) والجامع تعلق حق الغراء بما في أيديهم ما من المال والكسب (بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة) كما لو أقر أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير إذن مولاه فاقترضها فانه لم يصدق فيه (لانه كالحجور في حقه) وكذا لو أقر بجناية على حر أو عبد أو مهر وجب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فاقرار باطل ولا يؤخذ به حتى يعتق لان فلك الحجر انما يظهر في حق التجارة فماليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار الحجور قال (واليس للمأذون أن يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج بماله) لذلك (وجوز أبو يوسف رحمه الله تزويج الاماء لانه تحصيل المال) وهو المقصود بالأذن (فكان كالاجارة وقال الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامه ليس من ذلك وقوله (ولهذا لا يملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعيب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (قوله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والآب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج في هذه الرواية تطرأ لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لهما يعني الآب والوصي أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف حيث جعل الآب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب أن يزوج أمة لانه اكتساب لاستفادته المهر قال وما ذكره في المكاتب أصح لانه موافق لعامة الروايات من

(٣٤٠)

قال (واقرار المأذون بالديون والغصب جائز وكذا بالودائع) لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كفاي الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لانه كالحجور في حقه قال (وليس له أن يتزوج) لانه ليس بتجارة قال (ولا يزوج بماله) وقال أبو يوسف يزوج الامه لانه تحصيل المال بمنافعها فأشبهه اجارته ولهما أن الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والآب والوصي قال (ولا يكتب) لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بذلك الحجر فلم يكن تجارة (الا أن يحيزه المولى ولادين عليه) لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير

اذا الكلام فيما اذا قبله أولا فقال أذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكم مستقل ولا آخره الذي هو قيد حكم آخر بل للجموع حكم واحد يتم أوله

رواية المبسوط والتممة ومختصر الكافي وأحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على أن في المسئلة وايتين بآخره قال (ولا يكتب لانه ليس بتجارة) ولا يجوز للمأذون أن يكتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة (لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل) وان كان مالا (لكنه مقابل بفك الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة الا أن يحيزه المولى ولادين عليه) لان هذا عقده يحيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالأذن في الابتداء وبيانه ما قاله (لان المولى قد ملكه) لان كسب العبد المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فملك الاجازة (ويصير العبد نائبا عن المولى وترجع الحقوق) وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق (الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير) لكونها اسقاطا فكان قبض البدل الى من نفذ العتق من جهته ولقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيرا أولا اذا عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وههنا ليس كذلك ويمكن أن يجاب عنه بان ثبت الوكيل بطريق الانقلاب وانما قال ولادين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا بطلت كتابته وان اجازة المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين أو أكثر

(قوله لانه لو كان عليه دين قليلا كان أو كثيرا) أقول قال الامام العلامة الزيلعي وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولم يفيده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع أصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تتصور هذه المسئلة على قول من بأي هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع اه (قوله قل الدين أو أكثر) أقول فيه بحث

(ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة) والمكاتب عبد مابقي عليه درهم (فالاعتاق أولى) وهذا اذا لم يجز المولى فان أجاز لادين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لکن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه لو أنشأ العتق جاز ويضمن القيمة فكذا اذا أجاز ولا سبيل للغرماء على العوض (٣٤١) لان ما يؤديه كسب الحر ولا حق

لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي في حال الرق فتعلق به حقهم (ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الآن يهدي السير من الطعام أو يضيف ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يسير الى أن اهداه غير المالكولات لا يجوز أصلاً ولا اهداء السير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة بمال تجارته قال محمد بن سلمة رحمه الله ان كان مال تجارته مثلاً عشرة آلاف درهم فأتخذ ضيافة بعقد عشرة كان يسيراً وان كان مال تجارته عشرة دراهم مثلاً فأتخذ ضيافة بعقد اذائق فذلك يكون كثيراً عرفاً والهدية بالمأكل كالمضيافة به والقياس أن لا يصح شيء من ذلك لانه تبرع لكن تركناه في السير لانه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغنى من الصارف كانه أريد المجهر وهو الذي يبعث

قال (ولا يعتق على مال) لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق أولى (ولا يقرض) لانه تبرع محض كالهبنة (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق) لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الا أن يهدي السير من الطعام أو يضيف من بطمه) لانه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له أصلاً فكيف ينبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فسد عابض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله أن يحيط من الثمن بالمعيب مثل ما يحيط التجار) لانه من صنيعهم وربما يكون الخط أنظره من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لانه من عادة التجار قال (وديونه متعلقة برقبته ببيع الغرماء

بأنه من أين يلزم التصرف في ملك الغير تأمل جداً ثم قال صاحب العناية وفوق قبض بالاذن في النكاح فانه فك الجور واسقاط الحق واذا أذن للعبد أن يتزوج فلانه ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف بماله للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز أن يجبر عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالماً بالتجارة في البر دون الخبز أجيب بأنه ضرر غير متحقق واثبت كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالك يكتنه فليس السؤال وارداً الى هنا كلامه (أقول) ان قوله وبالجملة الخ ليس بشيء أما أولاً فلا نحتاج الى السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي أن لا يجوز ولا ينبغي أن نبين كون العبد منصرفاً بأهليته ومالك يكتنه لا يدفع ويرد ذلك لئلا شك أن المتصرف بأهليته ومالك يكتنه لا يملك الاضرار بالغير اذا اضرار في الاسلام وأما ثانياً فلا نريد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لا محالة ولا يلزم أن يفسد باب المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ولا شك أن السؤال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون قوله هذا (قوله وديونه متعلقة برقبته ببيع الغرماء) أي يبيعه القاضي لادين الغرماء بغير رضا المولى فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الجور على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضا مولاه محجور عليه أجيب بأن ذلك ليس محجور عليه لانه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه اذا لا يجوز للمولى بيع العبد المدين بغير رضا الغرماء وجور المحجور غير منصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضي على الورثة ان

التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فخرف الى المجاهر كذا في المغرب وباقى كلامه ظاهر قال (وديونه متعلقة برقبته) اذا وجب ديون على المأنون بالتجارة أو بما هو في معناها فان كان له كسب يبيع بدينه بالأجاع وان لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (ببيع الغرماء) (قوله بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي الخ) أقول فيه نوع تأمل فانه اذا كان مديوناً لا يجوز الكتابة الا أن يكون ارتكاب الدين بعد الكتابة وفيه وجه آخر فندير



حاصلا لانقويت مال حاصل وذلك أى غرض المولى حاصل فى تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جنائى واستهلاك الرقبة بالجنائى لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب فى ذمة العبد ظهور وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن

الآن يفديه المولى) وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه فى دينه بالاجماع لهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لانقويت مال قد كان له وذلك فى تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جنائى واستهلاك الرقبة بالجنائى لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب فى ذمة العبد ظهور وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن

امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا بعدد حجر الكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا فى العناية وعامة الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) فى الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذا سائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذا لا يثبت الملك للورثة فى التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا أعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيأتى ذلك كله فى الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الآن يفديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الآن يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الآن يفديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا اشارة فى قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهم أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد التنبه فى المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء فى كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع فى كل مرتبة الصورتين أيضا فمن أين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه فى صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به فى الشروح وعامة المعنيات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فأما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد اه لكن الكلام فى حصول الاشارة اليه فى قول المصنف الآن يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخله تحت الاذن بلا خلاف فسيها داخل تحته واذا كان داخل تحته كان ملتزما فلا يلزم تعلق برقبته استيفاء كان اذ ارارا لان الكسب قد لا يوجد والعنق كذلك فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى

الآن يفديه المولى) وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه فى دينه بالاجماع لهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لانقويت مال قد كان له وذلك فى تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جنائى واستهلاك الرقبة بالجنائى لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب فى ذمة العبد ظهور وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن

امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا بعدد حجر الكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا فى العناية وعامة الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) فى الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذا سائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذا لا يثبت الملك للورثة فى التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا أعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيأتى ذلك كله فى الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الآن يفديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الآن يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الآن يفديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا اشارة فى قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهم أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد التنبه فى المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء فى كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع فى كل مرتبة الصورتين أيضا فمن أين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه فى صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به فى الشروح وعامة المعنيات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فأما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد اه لكن الكلام فى حصول الاشارة اليه فى قول المصنف الآن يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخله تحت الاذن بلا خلاف فسيها داخل تحته واذا كان داخل تحته كان ملتزما فلا يلزم تعلق برقبته استيفاء كان اذ ارارا لان الكسب قد لا يوجد والعنق كذلك فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى

(قوله وهذا اشارة) أقول واعل الاولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته (قوله الى تحرير

دفع الضرر) أقول يعنى الضرر الحاصل بتعلق الدين برقبته

وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قوله - ما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له الخ وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرض المولى فان قيل لا يصلح ان يكون غرض المولى لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله (وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان وليس فيه وفاء به لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لادين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون البيع جابر للمنافات من العبد والظاهر ان الدين لما استغرق رقبته العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قبل وليس بواضح وذلك لانه لاتنافي بينهم ما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظرا للجائين وعند عدمه يستوفي من الرقبة لانه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كاذ كفي الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه في ملكه لا يخرج عنه المقابلة والظاهر انه يكون بمقدار ما يؤدي من قيمة العبد لان الشراء بعين نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى (٣٤٣) كانه اشترى الديون التي على العبد

بالعبد ولولم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بعين وهو نادر وتحقيقه أنهم الوهم تكن مساوية لا اختار أداء الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعتبر عن والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبه ما فان المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجي وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما قال أجعلنا أنه تعلق بالكسب فكيف

وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه يصلح غرض المولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتم تعلق به ما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء لحق الغرماء وابقاء مقصود المولى وعند انعدامه يستوفي من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناه كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمنان الغصوب والودائع والأمانات اذا جحدتها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به

تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شيء منهما في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوى حقهم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة داخلة تحت الاذن أو تجارة غير داخلة تحتمله كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما ما مدخل لا محالة فبالحل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقريب وأما بالحل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبته العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعاً فتعلق الدين برقبته ومما يقرر المعنى الثاني تحرير صاحب

يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لاتنافي بينهم ما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظرا للجائين وعند عدمه يستوفي من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الآن يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار العبد من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير أمر مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء ومجرد المحجور غير متصور وهو كانه المستغرق بالدين في جواز ان يبعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا بعد حجر الكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله في الكتاب) يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر

(قوله قبل وليس بواضح الى قوله لانه لا دليل الخ) أقول وفيه بحث فان ندور الشراء بعين يوضحه (قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول فيه تأمل (قوله والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعتبر عن والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبه ما الخ) أقول قوله الاول أراد به ما تقدم نسمة أسطر تخميناً وهو قوله واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه الخ وقوله بما ذكر المعتبر عن أراد به ما تقدم بستة أسطر تخميناً وهو قوله على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا الخ وقوله والثاني أراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) اذا باع القاضى العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص (اتعلق حقهم بالرقبة فصار كاتعلق الحقوق بالتركة) وان لم يكن وفاء بالثمن يضرب (ع ٣٤) كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء (فان بقي عليه شيء

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كاتعلقها بالتركة (فان فضل شيء من دينه طواب به بعد الحرية) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كي لا يمنع البيع أو دفع الضرر عن المشتري (ويعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلوص له

الكافي دليلنا ههنا حيث قال ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فتباع رقبته العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب الغاية اياه حيث قال ولنا انه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك أما وجوبه على العبد فظاهر وأما ظهوره في حق المولى فلا نسبب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لا محالة واذنا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك بخلاف ما اذا أقر المجبور حيث ثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه اه كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا اصل الاولى ان يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته اه وكاته أخذ هذا المعنى عما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا أي كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار أن سببه التجارة وهي أي التجارة داخله تحت الاذن اه (أقول) هذا الاحتمال ههنا ليس بشيء لان تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لزفر والشافعي ولو كفي في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهي داخله تحت الاذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة ولا يخفى أن العدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرع عليه المصنف اياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كاتعلقها بالتركة فان فضل شيء من دينه طواب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) قال صاحب الغاية في شرح هذا المقام اذا باع القاضى العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كاتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من دينه أي دين العبد طواب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به اه كلامه (أقول) في تقريره خلل فان ذكر قوله فان بقي عليه شيء من دينه بطريق الشرطية سيما مع أداة التفريع بعد أن قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من دينه عليه فامعنى الشرطية وكان حق التحريم أن يقول فابق عليه شيء من دينه طواب به بعد الحرية بخلاف قول المصنف فان فضل شيء من دينه طواب به بعد الحرية فانه في موقعه اذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالدين بل انما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون فحسنت الشرطية وأداة التفريع كما لا يخفى (قوله لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب الغاية بعد قوله ولم يفرغ فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول

من دينه) أي دين العبد (طواب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه (ولا يباع ثانيا كي لا يمنع البيع) فان المشتري اذا علم أن العبد الذي يشتريه يباع في يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء (أو دفع الضرر عن المشتري) لانه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الاذن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات (قوله ويتعلق دينه بكسبه) ابيان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول

(أقول)

شرط الخلوص له) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك

(قوله ولا سبيل لهم) أقول بأخذ كسبه (قوله فلم يكن راضيا ببيعه) أقول اذا علم أنه يباع ثانيا يكون راضيا به (قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة وفيه بحث فالحق تعينه التعلق بكسبه أيضا



(ولولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع الارض أو كراثها أو أجرة غلام أو نحو ذلك ومعناه أنه يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمته الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذه قبل الديون والقياس أن لا يأخذ أصلاً وان أخذ شيئاً رده لأنه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل لسلامة المقرر قبله للمولى لأن في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء ببقائه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلولا يمكن من ذلك تجر عليه فلا يحصل المكسب وأما لزومه على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعتد ذلك من باب تحصيل الغلة فإن أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم اذن المولى لعبده ما أن يكون شائعاً ولا فإن كان الاول لم يجبر بحجره حتى يظهر الحجر له ولا كثر أهل سوقه لئلا يتضرر الناس بحجره بل يرضوا به من تأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبدان كسب شيئاً أخذ المولى وان لم يمتعه دين أقام البينة أنه كان قد جبر عليه شيئاً آخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهور وموهور وقد بايعوه على رجاء ذلك أي يتعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى أن يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من (٣٤٥) خالص ماله بعد العتق ولم يرض

به فكان كالمكيل اذا لم يعلم بالعزل ولو جبر في السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جائزة وان بايعه الذي علم بحجره لان الاذن لا يجزأ الا ترى أنه لا يجزأ ابتداء فكذا بقاء ولو جبر في بيته بمحض من أهل سوقه الحجر لان المعسر شبيوع الحجر واشهره في مقام ذلك مقام الظهور وعند الكل دفعا للصرح كافي بتبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام وان كان الثاني بأن لم يعلم بالاذن الا العبد ثم جبر عليه بعلم منه فيجبر لعدم الضرر والاضرار قال (ولو ملك المولى أو جن أو لحق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف

(وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لانه لو لم يمكن منه بجبر عليه فلا يحصل المكسب والزيادة على غلة المثل بردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال (فان جبر عليه لم يجبر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لانه لو انجبر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو جبر عليه في السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان لم يجبر ولو بايعوه جازوا بايعه الذي علم بحجره ولو جبر عليه في بيته بمحض من أكثر أهل سوقه ينحصر والمعتبر شبيوع الحجر واشهره في مقام ذلك مقام الظهور عند الكل كافي بتبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد أذونا الى أن يعلم بالحجر كالمكيل الى أن يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وانما يشترط الشبيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعاً أما اذا لم يعلم به الا العبد ثم جبر عليه بعلم منه فيجبر لانه لا ضرر فيه قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مر تدا صار المأذون محجوراً عليه) لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى له وانه حكم الابتداء وهذا هو الاصل فلا بد من قيام أهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالوت والجنون وكذا باللعوق لانه موت حكمه حتى يقسم ماله بين ورثته قال (واذا أبق العبد صار محجوراً عليه) وقال الشافعي يبي ما ذونا لان الاذن لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا أن الاذن مجرد دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه

(أقول) قد أخل بحق المقام بما زاده فان التشبيه بكسب غير مستترع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصاً بما يقبله العبد من الهبة مع أنه يتم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجريانه في صورتين معاً بلان تفاوت كيف ولو كان مخصوصاً بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الاولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة في المقام ولم يعهد مثله من المصنف رحمه الله

(٤٤ - تكمله سابق) اذا لم يكن لازماً كان لدوامه حكم ابتداءه فيحتاج الى قيام الاهلية حالة البقاء كالا ابتداءه على هذا اذا مات المولى أو جن جنونا مطبقاً وقد تقدم في الو كالة تعريفه أو لحق بدار الحرب الحجر المأذون لانتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكماً لان المحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته قال (واذا أبق العبد صار محجوراً عليه وقال الشافعي رحمه الله يبي ما ذونا لان الاذن لا ينافي ابتداء الاذن) فان المولى اذا أذن لعبده الا بقاء في التجارة وعلم به العبد كان مأذوناً فلا ينافي بقاءه اولى لان البقاء سهل من الابتداء (وصار كالغصب) فان المولى لو أذن لعبده المصوب الذي يمكن له ان يأخذ بان يكون له بينة أو يكون الغاصب مقراً صريحاً وكونه مغموراً لا ينافي الاذن فكذا كونه آبقاً (ولنا أن الاذن مجرد دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه)

(قوله ومعناه أنه يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمته الديون الخ) أقول قوله بعد ناظر الى قوله أن يأخذ قال المصنف (وان بايعه الذي علم بحجره) أقول لفظة ان لا وصل (قوله وصار كالغصب فان المولى لو أذن لعبده المغموب) أقول الاولى أن يقول لو غصب العبد المأذون يبي الاذن على ما كان اذا خلا في صحة الاذن بعد الاذن حتى يحتاج الى دليل

ولم يتحقق ذلك من الاذن في فلا يكون راضيا به وانما يمكن ما منع في الابتداء لاننا نجعله حجرا دلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر) وان عادم من الاذن هل يعود الاذن لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح انه لا يعود (واستيلاد المأذون لها حجرا عليها) اذ لم يصرح بخلافه (وقال زفر رحمه الله ليس بحجرا اعتبارا بالابتداء) فان المولى لو اذن لأم ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء رجحهم الله حجرا بالاتفاق لان العادة جرت في الظاهر ان الانسان يحصن أم ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتا ديون لا تلافه محلا لانها تعلق به حق الغرماء اذ به يمنع البيع وبه يقضى حقهم) قال (واذا استندانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها) (٣٤٦) معناه ظاهر وانما قيدت بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها ديون

الزيادة عليها وقوله (ولا منافاة بين حكمها) أي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير يثبت للدين حق العتق وحق العتق ان كان لا يؤثر في فك الحجر لا يؤثر في الحجر عليه قال (واذا جرح على المأذون له فاقراراه جائز) اذا جرح على العبد المأذون له فاقرب بما في يده من المال لغيره مولا فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف (ومعناه أن يقرب ما في يده أنه أمانة لغيره) وانما فسر بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصب فيبين أن المراد به التمسيم وقدم الامانة لذلك فيقتضى بما في يده للمقره (وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز اقراره) لان المصحح لاقراره اما الاذن أو البند ولا شيء منهما يجوز جوده بالحجر أما الاذن فلزواله

بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجرا عليها) خلافا لفر وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحصن بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان التصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتا ديون) لا تلافه محلا لانها تعلق به حق الغرماء اذ به يمنع البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استندانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها فاقربها المولى فهي مأذون لها على حالها) لانه دام دلالة الحجر اذا العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكمها أيضا والمولى ضامن لقيمتها المقر رناه في أم الولد قال (واذا جرح على المأذون له فاققراراه جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة) ومعناه أن يقرب بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقرب يدين عليه فيقتضى مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز اقراره له ما أن المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان البند فالحجر أبطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله أن المصحح هو البند

قط (قوله بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول لقائل أن يقول اذ لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الا بنى محجورا في البقاء أيضا اذ قد وجد التصريح بالاذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الاذن على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر \* ثم أقول يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاذن فالمعلوم قطعاً انما هو وجوده في الابتداء وأما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لاثبتة فيجوز أن ترجح الدلالة عليها وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل (قوله لهما أن المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان البند فالحجر أبطلها لان يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في ودعة المبسوط بقوله عباد استودع رجلا ودعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الودعة تاجرا كان العبد أو محجورا عليه فلو لم يكن اسدا المحجور اعتبارا لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون

بالحجر وأما البند فلا أن الحجر أبطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بأننا لانسلم أن يده غير معتبرة فانه لو استودع ودعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الودعة كنوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء وأجيب بأن تأويلها اذ لم يعلم المودع أن الودعة كسب العبد أما اذا علم ذلك فلمولى أخذه وكذا اذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد (قوله وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره) بيان لا بطلان الحجر يده مسائل متفق عليها فان المولى اذا انتزع ما بيده لا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا يتباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق (ولابي حنيفة رحمه الله أن المصحح لاقراره هو البند

قال المصنف (وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول بخلاف لما سبق في المضاربة

الكلام في الاقرار بما في يده وأما حكما بلان شرط بطلانها بالجرح حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققة واقائل أن يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا أو عند صحة والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن صحة هذا الاقرار في حيز النزاع فلا يصلح أخذه في الدليل والجواب أن مطلقه دليل تحققة جلال الحال المقرر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققة الصبح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار أجيب بأن بد المولى ثابتة حقيقة وحكما أما حقيقة فلا أن الكلام فيما انتزعه من يده قبل الاقرار وأما حكما فلا أن النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لانه اقرار بما ليس في يده أصلا وهو باطل والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما اذا انتزعه المولى الخ أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله (على ما عرف) إشارة إلى حديث بريرة رضي الله عنها وقوله (فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) يعني به الاذن لأنه ثبت للعبد بحكم الملك لأنه ثبت للعبد بحكم الملك

ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده والبدائية حقيقة وشرط بطلانها بالجرح حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققة بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لأن بد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع

وجودها وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك فعلم بهذا أن ليدع اعتبارا وان كان محجورا والدليل على هذا ما ذكره الامام الاستروشي في ودعية أحكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد أدى له يد حكمية فلا يكون مولاه أن يأخذه من المودع مالم يحضر العبد قلت تلك المسئلة مؤولة ذكرنا ويلها في الفصل السادس عشر من ودعية الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع أن الودعية كسب العبد وأما اذا علم أنه كسبه فله مولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اختلف في أثره صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الأولى (أقول) ذلك الجواب لا يضمن ولا يغني عن جوع فان تأويل تلك المسئلة بما ذكره كونه مما باه قطعاً ما ذكره الامام الاستروشي في ودعية أحكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما صرح في آخر السؤال لا يجدي نفعا في دفع الاشكال الناشئ من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الودعية التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية ومالم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الامام في مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز أن يكون المراد بقوله ما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفي في اثبات مدعاهما هنا لا نأقول هذا القدر من الكلية أيضا غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الجرح بأن ما في يده أمانه لغیره ففي هذه الصورة اذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده اذ ذلك معتبرة على مقتضى ما صرح في مسئلة المبسوط وتقرر بعد تأويلها ومن تلك الصور أيضا اقراره بعد الجرح بأن ما في يده غصب من غيره ففي هذه الصورة أيضا اذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك اذا لم يكن عين الغصب متغيرا بفعله بأن لم يزل المصنف وعظم منافعه اذ لا يزول عنه حينئذ ملك الغصب منه كما سيجي في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد تدبر تفهم (قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) قال في العناية يعني به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم الملك المولى وقد زال ذلك الملك اه وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال أي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اه (أقول) فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فيما نحن فيه أيضا وهو ما اذا جرح المولى على المأذون له بدون أن يبيعه والمصنف ههنا يصد الفرق من قبل أبي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان له ذكر هذه المقدمة أعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلا ههنا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم أن

وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبديل العبد فان العبد اذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولو لا تبديله لكان خصما لصدور المباشرة عنه حقيقة



قال (واذا الرزمة ديون) اذا الرزمة ديون فلا يخلو اما ان تحيط بماله ورقبته أولا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوي ألفا والمأذون أيضا يساوي ألفا وعليه ألفا درهم والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن يكون عليه ألف درهم ثم ففي الاول لم يملك المولى ما في يده (ولو أعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة قد وجد) فان ملك الاصل علة الملك الفرع (ولهذا يملك اعتاقها) يعني الرقبة (ووطء الامة المأذون لها وهذا) أي المذكور من ملك الاعتاق وحل الوطء (آية كمال ملك الرقبة) فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فملكه وينفذ فيه اعتاقه فان قبل سلبنا ذلك لكن المانع متحقق وهو أحاطة الدين فانهم يمتنع عن ذلك كما في التركة اذا استغرقتها الديون فانهم يمتنع اعتاق الوارث (٣٤٨) أجاب بقوله (بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للوارث) بايصال ماله الى أقرب الناس اليه ولهذا يقدم الاقرب

فالاقرب ولا نظر للوارث في ذلك عند أحاطة الدين بتركته (بل النظر في ضده) أي في ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الدين لانه فرض عليه والميراث له واذا كان سبب الملك النظر وقد فات فان الملك ولاعتق في غير الملك (أمام ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد) ابراعى ذلك بعدم العتق حتى تفضى ديونه (واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء اتعلق حقهم به) ولا يحنيفة رحمه الله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه) يعني في مسئلة تعلق الدين بكسبه (والمال الذي أحاط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه) يعني كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة

قال (واذا الرزمة ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة وقال يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته) لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقها ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للوارث والنظر في ضده عند أحاطة الدين بتركته أما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد وله أن ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريضة واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء اتعلق حقهم به قال (وان لم يكن الدين محيطا بماله جازعته في قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قابله فلو جعل ماله لا يندب باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق عنه

يكون قوله المذكور لغوا من الكلام ولا ينبغي ذلك المثل المصنف والوجه عندى أن يكون مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله المذكور بده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط بط- لانها بالجر حكما فراغها عن حاجته ولما كان تبدل الملك فيما اذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ثابت بحكم الملك الاول من بده الحكمية بخلاف ما نحن فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكاما لم يفرع عن حاجته وعلى هذا المعنى تظهر فائدة هاتيك المقدمة جدا فتأمل وكن الحاكم الفصل (قوله واذا الرزمة ديون تحيط بماله ورقبته الخ) قال في العناية اذا الرزمة ديون فلا يخلو اما أن تحيط بماله ورقبته أولا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوي ألفا والمأذون أيضا يساوي ألفا وعليه ألفا درهم والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن يكون عليه ألف درهم ام (أقول) افاضل أن يقول هذه القسمة ليست بمحصرة اذ هنا احتمال قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث والجواب أنه قد تقرر فيما مر أنه يبدأ بكسب المأذون المديون في الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فعلم منه أن تعلق الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور في الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذي هو كسبه فكانت الاقسام التي يمكن تحققها في الشرع منحصرة في الثلاثة فيما اذا الرزمة ديون ولهذا لم ينفذ الى قسم آخر هو احتمال عقلي محض لا يتحقق في الشرع (قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله جازعته في قولهم جميعا) الظاهر أن مراده اذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جازعته في قولهم جميعا

فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة في الموضعين لانعدام أعلية الملك في المال فليمت جميعا ليس بأهل للملكية كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينفيان ذلك بل منفاة الموت أظهر والميت جعل كالمالك حكم اقيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق (واذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عرف العتق وعدمه لكونه فرع) فن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به أبطله وفي الثاني يملك المولى كسبه (وينفذ عتقه في قولهم جميعا) أما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل ماله لا يندب باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق عنه) وأما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن يوسع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز

(قوله فان قبل سلبنا ذلك لكن المانع متحقق) أقول يعني المانع عن ثبوت الملك

قال (واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) اذا باع العبد المديون الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز (لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين) ويعلم منه انه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس بأجنبي (واذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقا) أي سواء كان كثيرا أو قليلا (لانه منهم في حق مولاه) بماله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمته فيه فان قبل التهمة فيه قد تكون موجودة أجيب بأنه موهوم حيث انه لم ينشأ عن دليل (قوله بخلاف ما اذا باع المريض) مروى بالواو وبغيره قال في النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلام معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق (٣٤٩) بحكم قوله المتصل به وهو قوله وبخلاف

ما اذا حاجى الاجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني اذا كانت المحاباة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو تأباه قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حاجى الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد ونقير بر كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين

(قوله وليس بصحيح لانه معطوف بلام معطوف عليه

قال (واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وان باعه بنقصان لم يجز مطلقا) لانه منهم في حقه بخلاف ما اذا حاجى الاجنبي عند أبي حنيفة لانه لا تهمته فيه جميعا كما صرح به في السكافي وسائر الكتب المعتمدة لانه لا أنه اكتفى بذلك قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ما ذكرناه آنفا من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته واذا لم تحط الديون بماله بتعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثاني بعد ذكر الاول وما وقع في عامة الكتب فن قبيل التصريح بما علم التزاما لمجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذي ذكره المصنف ههنا هو حكم القسم الثاني من الاقسام الثلاثة المار ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية فيما قبل وحكم القسم الاول منها ما ذكر في الكتاب من قبيل بقوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبد لم يعتق عند أبي حنيفة وقال يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب قط وعن هذا قال صاحب العناية وأما الثالث فلم يذكر في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز اه وأراد ببعض الشارحين صاحب غابة البيان فانه قال قال في بيوع الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أذن لعبد في التجارة فاشترى عبدا يساوي ألفا وهو يساوي ألفا وعلى الاول ألف درهم دينافا اعتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز وان كان الدين ألفي درهم مثل قيمته لم يجز عتقه وقال أبو يوسف ومحمد عتقه جائز في الوجهين جميعا اه (أقول) في جواز عتقه عند أبي حنيفة في الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين في بيوع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لاثبات مذهبه في القسم الثاني الذي ذكر في الكتاب أولا وفي الجامع الصغير ثانيا فان حاصل ذلك الدليل أن ملك المولى انما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذي احاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلقه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا يفتي أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا احاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغي أن لا يجوز اعتاقه فيه أيضا (قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين) أقول في هذا التعليل شئ وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب وقد صرح به في غابة البيان حيث قال اعلم أن العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا اه وكونه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد اذ قد مر في المسئلة الاولى أنها قالوا

الخ) أقول فيه بحث فانه معطوف على قوله بخلاف ما اذا حاجى الخ يعني أن مسئلة القدوري ملتبسة بخلاف هذا باعتبار جزئها الثاني وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الاول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم الخ) أقول ويفهم منه جواز بيعه للاجنبي بمثل قيمته دلالة كالاجنبي (قوله ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول بل يرد بان يقال اذا جاز بيع المأذون من الاجنبي بالمحابة فينبغي أن يجوز بيع المريض من وارثه بما وبدونهما أيضا فأجاب بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز فكيف بالمحابة (قوله والظاهر عدم الواو الى قوله وفي كلامه تعقيد) أقول فيه بحث

بمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعاق بعينه أى عين مال الميت حتى كان  
لا أحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيتمتع بالمالية لا غير فافترقا أى المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة  
دون الوارث ثم بعد ذلك بذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى  
ان شاء أزال المحاباة بإصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيه بهما بهما هذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ  
قيل والصحيح أنه قول الكل لان المولى بسبيل من تخلص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلا يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد في  
تصرفه مع مولاه كالمرضى المديون في تصرفه مع الأجنبي (قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أبى حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض  
بين الحكم والدليل إيمان تساوى المحاباة (٣٥٠) باليسير والكثير فان على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه اذا باع من مولاه بنقصان

يسيرا وكثير لا يجوز فلا  
يخير وعلى مذهبهما يجوز  
وايكن يخير المولى (وجه  
ذلك) أى وجه الجواز مع  
التخير (أن الامتناع) عن  
البيع بالنقصان (لرفع الضرر  
عن الغرماء وبهذا يدفع  
الضرر عنهم وهذا) أى  
الذى ذكرناه من الجواز  
والتخير (بمخلاف البيع  
من الأجنبي بالمحابة اليسيرة  
حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة  
المحابة والمولى يؤمر به لان  
البيع باليسير منهما) أى  
أى من المولى والأجنبي  
متردد بين التبرع والبيع  
أما التبرع فلهذا البيع عن  
التمن في قدر المحابة وأما  
البيع (لادخوله تحت تقويم  
المقومين فاعتبرناه تبرعا  
في البيع مع المولى للتممة  
غير تبرع في حق الأجنبي  
لانعدامها وبمخلاف ما اذا باع

وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعاق بعينه حتى  
كان لاحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء تعاق بالمالية لا غير فافترقا وقال أبو يوسف ومحمد  
ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير  
من المحابة والفاحش سواء ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يدفع الضرر عنهم  
وهذا بخلاف البيع من الأجنبي بالمحابة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحابة والمولى يؤمر به لان  
البيع باليسير منهما متردد بين التبرع والبيع لادخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع  
المولى للتممة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبمخلاف ما اذا باع من الأجنبي بالكثير من المحابة  
حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ولا يؤمر بإزالة المحابة لان المحابة لا تجوز من العبد المأذون  
على أصلهما الا باذن المولى ولا إذن في البيع مع الأجنبي وهو اذن مباشرة بنفسه غير أن إزالة المحابة  
لحق الغرماء وهذا الفرقان على أصلهما

المولى يملك ما في يد العبد المأذون ولو أحاطت ديونه بماله ورقبته ولهذا لو أعسق من كسبه عبدا يعق  
عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى  
التعليل المذكور على قواهم جميعا فليتم في التوجيه (قوله وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث  
بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا  
باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبمخلاف اه ورد عليه صاحب العناية  
حيث قال بعد نقل ذلك عنه وائس بصحيح لانه معطوف بلام معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو اه  
(أقول) بل قوله لانه معطوف بلام معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله بمخلاف ما اذا  
حالى الأجنبي عند أى حنيفة رجه الله على أن يكون معنى الكلام وهاتان المسئلتان أعنى قول  
القدورى واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملا يستأن بمخلاف ما اذا  
حالى الأجنبي وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق ألف  
والنشر الغير المترتب أى المسئلة الثانية ملاسة بمخلاف ما اذا حالى الأجنبي والمسئلة الاولى ملاسة  
بمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لأن كلتا المسئلتين ملاستان بكلتا الخلافين فاذن

من الأجنبي بالكثير من المحابة حيث لا يجوز عندهما أصلا لان المحابة من العبد المأذون لا تجوز على أصلهما يتحقق  
الاباذن المولى ولا إذن منه في البيع مع الأجنبي وهو اذن مباشرة بنفسه غير أن فيه ضررا بالغرماء في إزالة المحابة وهذا  
الفرقان) بلفظ التنبيه وفي بعض النسخ وهذا الفرقان قال في النهاية ولكن الاول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في  
النسخ الصحيحة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والأجنبي في حق المحابة اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالة المحابة والأجنبي والفرق بينهما  
في الكثيرية حيث لا تجوز عندهما مع الأجنبي أصلا وتجوز مع المولى ويؤمر بالإزالة وأما أبو حنيفة رجه الله على رواية هذا الكتاب  
فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من المحابة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والأجنبي في جواز البيع مع الأجنبي  
مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام

(قوله فافترقا أى المولى والمريض) أقول الظاهر أن يقال أى العبد والمريض



قال ( وان باعه المولى شيئاً ) كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه أى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرر برده له لان حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب حقه على عبده حتى لو أنلف شيئاً من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضاً فان المولى يستوجب حقه وهو أحق به من الغرماء لانه يملكه بعينه بالعقد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره كالأودع عند عبده شيئاً أو غصبه منه ( وان أمسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جازله لانه بائع والبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو أخص به من الغرماء ) فان قيل فعلى هذا التقدير استوجب ديناً في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجب حقه على ما قلتم آنفاً أجاب بقوله ( وجاز أن يكون ( ٣٥١ ) للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين )

يعنى يجوز أن يستوجب على عبده ديناً اذا كان ذلك الدين متعلقاً بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين ( ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد ) سواء كانت بسيرة أو كثيرة ( لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء ) قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط وأما على

قال ( وان باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع ) لان المولى أجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمه في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة ( فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن ) لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب حقه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضاً لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين ( وان أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز ) لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ( ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو بنقض البيع ) كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء ( واذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز ) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه أنلف ما تعلق به حقهم ببيعاً واستيفاءً منه ( وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق ) لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما أنلف ضمناً فبقي الباقي عليه كما كان ( فان كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير ) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المديروا أم الولد المأذون لهما وقدر كتبهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاءً بالبيع فلم يكن للمولى متلفاً حقهم فلم يتضمن شيئاً

يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح العطف على تقدير الواو توجيه آخر أشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأول المسئلة ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف اهـ والحجب أن صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه أولاً من التوجيه الوجيه الا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بأنه معطوف بلام معطوف عليه بدون أن يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية نعم في توجيهه عمل لا يخفى وليكن لا يخفى أيضاً أنه ليس بأبعد وأقبح من اختياره صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كما سيأتي نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه

رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله فان هذا البيع لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً باذكري جانب العبد قال ( واذا أعتق المولى ) عبده ( المأذون ) له ( وعليه ديون ) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو وجود الوديعة أو أنلف المال ( فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء بقيمته ) باللغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أولم يعلم به ( لانه أنلف ما تعلق به حقهم ببيعاً واستيفاءً من غنه ) وضمن الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أن يضمن مقدار ما أنلفه ( فبقي الباقي عليه كما كان ) ويطالب به بعد العتق ( فان كان الدين أقل من قيمته غنه الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المديروا ) على ما ذكره وهو واضح

( قوله وأما على رواية صاحب الكتاب ) أقول يعنى القدوري

السابق ويجوز أن يكون بدون الواو فيتمتع بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي  
 أى أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت المحاباة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض  
 من وارثه لا يجوز عند أى حنيفة في كل حال من هذه الأحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو تأباه  
 اه كلامه ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضاً حيث قال بعد نقله أيضاً عنه قلت ذلك أوجه من  
 حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه  
 مطلقاً ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة أشكاً لا عليه حتى يحتاج إلى الجواب اه (أقول) ليس  
 هذا أيضاً وارداً لأنه كما يفهم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقاً كذلك يفهم  
 منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير أن الأول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة لأنه إذا جازت المحاباة  
 معه فلا نجاز للبيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب العناية في تفسير قوله بخلاف  
 ما إذا حابى الأجنبي أى أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت المحاباة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل  
 القيمة فاذن انجذبت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث  
 جاز الأول دون الثاني مع أن في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج إلى الجواب عنها بقوله بخلاف  
 ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه يعنى أنه  
 لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه  
 منه بالمحابة وقد سلك ههنا أيضاً مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل  
 قوله المذكور متعلقاً بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا وأولاً أنه أول  
 مسئلة موروثة نقضاً على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين  
 ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على  
 بيع المريض من الأجنبي بالمحابة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم اه (أقول) ليس هذا بسديد أما أولاً  
 فلا ن قوله لأنه أول مسئلة موروثة نقضاً على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لأنه  
 لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز كلام خال عن التحصيل لأن مسئلة  
 الكتاب ههنا اثنتان أولاً ما قوله وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز وأخراً ما قوله وإن باعه  
 بنقصان لم يجز فكما أن قوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة  
 الأولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لدفع توهم  
 انتقاض المسئلة الأخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الأجنبي وكما أن قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي  
 لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولاة شياً بنقصان وبين ما إذا باعه من الأجنبي بنقصان كذلك  
 قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولاة شياً  
 بمثل قيمته وبين ما إذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فإن أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الأولى  
 من المسئلتين المزبورتين مسئلة الكتاب أى مختصر القدوري دون الأخرى منهما فليس بصحيح إذ كلاهما  
 مسئلتان منذ كورتان معاً في مختصر القدوري وإن أراد بذلك أنهما وإن كانتا معاً مسئلتين الكتاب إلا  
 أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي  
 فإنه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضاً لأن دفع توهم الانتقاض إنما يكون ببيان الفرق فقصد أحدهما  
 يستلزم قصد الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى في إثبات المسئلة بلا وأولاً كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت  
 مدعى وإن أراد به أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأولى مسئلتى الكتاب وقوله وبخلاف ما إذا  
 حابى الأجنبي متعلق بأخراهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالأولى فلما قد تقرر في علم الأدب أن الواو  
 مطلق الجمع لا ترتيب فيها قد خولها لا يقتضى التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في إثبات الواو

قال (وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) معناه باعه بئمن لا يني بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال (فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم) وقد اتلفاه اما البائع فبالبيع والتسليم واما المشتري فبالقبض والتغيب فيخير الغرماء في التضمن وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهم لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لان الحق لهم (٣٥٣) فلهم الاجازة لان الاجازة للاحققة كالاذن السابق) ولو كان

البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا أجازوا وكذا اذا كان الثمن وفي ديونهم ووصى لغيرهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجي وكذا اذا كانت الديون على المأذون مؤجلة الى أجل فبإعائه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فان حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو المالبة وهذه فوائد القصور المذكورة وقوله (كفاي المـرهون) يعني أن الراهن اذا باع المـرهون بدون اجازة المـرتن ثم أجاز المـرتن جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ) معناه اذا قبله بقضاء لان القاضي اذا رده فقد فسخ العقد بينهم ما فعد الى الحال الاولى وهو ظاهر ولكن بقي شيء وهو أن حقهم كان في بيع

قال (وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري) لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيخيرون في التضمن (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة للاحققة كالاذن السابق كفاي المـرهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فلهي أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا

ههنا أصلا وأما ثانيا فلان قوله وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالحاجة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتمام أيضا لانه اذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فمعنى قوله من قبل ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا واو لانه أول مسئلة مودة نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا فكيف يصح ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شيء وان لم يكن الواو للعطف فن أين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالأجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أي عين مال الميت حتى كان لا حدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيتم تعلق بالمالبة لا غير فافتقر فأى المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكروا قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناء على حل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل ثم ان في تقريره خللا آخر فانه قال في تفسير قول المصنف فافتقر فأى المولى والمريض وكان الصواب أن يقول أى العبد والمريض كما لا يخفى على المتأمل والعجب أنه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤول المعنى على هذا الى أن يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه (قوله وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري) قال الشراح انما قيد بسبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغيب ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهم لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء اه (أقول) اقابل أن يقول فاذن ينبغي أن يكون الضمان

(٤٥ - تكمله سابع) العبد والمولى قدر دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فاتهم بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافتقر

(قوله لانهم يستسعون الخ) أقول وعلى هذا في التعليل الذي ذكره المصنف قصور (قوله فاذا حل ضمنوه الخ) أقول فيه تأمل (قوله وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر الخ) أقول قد علم هذا الجواب مما سبق في آخر الصحيفة السابقة وتكراره لافادة الفرق مع الوصى



قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) إذا قال المولى هذا العبد الذي أبيععه مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازماً فذلك لا يوجب لزوم في حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) به وكلمة به محذوفة من المتن (وفي كل منهما فائدة فالاول) يعني الاستسعاء (تام مؤخر والثاني ناقص) ان لم يف بديونهم (مجمل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قال المشايخ تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم اليهم) (٣٥٤) قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص مجمل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم اليهم

في هذه المسئلة على المشتري فقط فان تغيب العبد الذي فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولو لا التغيب لا يمكن لهم أن يردوا البيع فيستسعون العبد أو يبيعونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيجي في المسئلة الآتية فان قلت تغيب ذلك العبد وان وقع من المشتري دون البائع الآن في البائع أيضاً سببية له اذ لو لا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري قلت نعم الآن سببية ذلك بعبءه وقد قرر عندهم ومرة مراراً أن الحكم يضاف الى أقرب الاسباب فتأمل ثم ان صاحب العناية قال ولكن بقي شيء وهو أن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير إذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فوات بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا اه كلامه (أقول) لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه أصلاً لأن وضعها فيما اذا كان عن العبد أقل من قيمته وأما اذا كان غنمه أكثر من قيمته أو مساوياً لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلاث المذكورة في هذه المسئلة بل يتعين لهم اذذاك اجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة في التضمن وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج السريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن أقل من القيمة أما اذا كان أكثر أو مساوياً فلا خيار لهم اه ومنهم صاحب العناية حيث قال بعد ذلك كتمام المسئلة وبيان أنه لفظ محدد في الجامع الصغير هذا اذا باعه بأقل من قيمته فأما اذا باعه بقيمته أو بأكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمن ولكن يدفع الثمن اليهم اه فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان عن العبد الذي باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه بأقل من ثمنه قد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعاً ثم أقول في الجواب المذكور نظر لان حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء ببيع العبد ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتام دون ضمان قيمة العبد فقط لانهم كان لهم أن يستسعوا العبد في جميع ديونه لهم لافي مقدار قيمته فقط وقد فوات بالبيع والتغيب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي أن يضمن البائع والمشتري جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاءه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به أحد وانما الذي قالوا به أن يجب عليهم ما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر (قوله قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم اليهم) قال صاحب

نفي الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بنائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يفي بديونهم بمبدل قوله والثاني ناقص مجمل فانه انما يكون ناقصاً اذا لم يف بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً للفساد فما بال هذا لا يكون مختاراً للقضاء الديون من ماله أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى فاذا عذر عليه بالبيع طواب به لبقاء الواجب عليه وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد

بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتماد حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى النهاية منزلة أن يقول أنا أفضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله أنا أفضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به الآن يقوم الدليل على خلافه

(قوله ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع الخ) أقول فان قيل كيف يدفع بهذا الذهاب بفائدة قوله ولا محاباة قلنا لان الوصول لا يستلزم القبض فانه يكون باحضر الثمن والتخلية بينهم وبينه فليتأمل (قوله بدليل قوله والثاني الخ) أقول دلالتة لا تخلو عن خفاء

قال ( فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري ) معناه اذا أنكر الدين وهذا ( عند أبي حنيفة )  
ومحمد وقال أبو يوسف المشتري خصمهم وبقيهم (هم بدنيهم) وعلى هذا الخلاف اذا اشترى داراً ووهبها  
وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له وعنهما ما مثل قوله في مسئلة  
الشفعة لابي يوسف أنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه وله ما أن الدعوى تتضمن  
فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب

النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذا كان من حقه أن يقال وتأويله اذا باع بئس لا يني بدنيهم كما هو المذكور  
في باب جنابة العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وما ذوني الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة  
وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن كان لا يني بدنيهم كان لهم أن يردوا والبيع لقوات  
حقهم في الاستسعاء فيما بقي من دينهم على العبد وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد  
باب الرد لهم لانه يحتمل أن لا يني الثمن بدنيهم وان لم يكن في البيع محاباة فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء  
باقي الدين اللهم الا أن يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن فانهم لما  
أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسحب حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخيلة بينهم  
وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتقض ذلك اللفظ حينئذ بياناً لانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان  
المعقول ما ذكره الامام قاضي خان في جامعه بقوله وتأويله اذا باع بئس لا يني بدنيهم لانهم كان لهم حق  
الاستسعاء الى أن يصل اليهم دينهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم أن  
ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بدنيهم لم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب  
النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته وأما صاحب العناية فنقله بطريق الاجال وأورد  
النظر على الجواب حيث قال قبل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم محاباة في البيع  
لا يستلزم نفي الرد ولو ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يني الثمن بدنيهم فيبقى لهم ولاية  
الرد والاستسعاء في الدين وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم  
ولاية الرد فيه نظراً لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط  
حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه ( أقول ) أولاً في الجواب المذكور نظراً آخر وهو أنه  
لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم عليه له بقوله  
لوصول حقه هم اليهم فانه اذا لم يكن في الثمن وفاء بدنيهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض حقهم  
اليهم لم يفسد شيئاً في نفي رددهم البيع كما بين في السؤال بل كان حق التعديل حينئذ أن يقال لرضاهم  
بسقوط حقهم \* وأقول ثانياً يمكن الجواب عن النظر الذي أوردته صاحب العناية بأن فائدة قوله  
ولا محاباة في البيع حينئذ هي أن لهم أن يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محاباة  
في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لم نرضى بها بل نرد البيع فنبتع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم  
يكن في البيع محاباة فانه لا يمتنع فيه ذلك العذر فافترقا ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن  
يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يني بدنيهم بدليل قوله والثاني ناقص مجمل فانه انما  
يكون ناقصاً اذا لم يف بالدين اهـ ( أقول ) وفيه نظر أما أولاً فلا تلو كان معنى قوله ولا محاباة في  
البيع أن الثمن يني بدنيهم لم لذهب فائدة قوله فان وصل في قوله فان وصل ولا محاباة وفائدة قوله اذا لم  
يصل اليهم الثمن في قوله وتأويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذا لشد أن الثمن اذا كان يني بدنيهم لم يكن لهم  
أن يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن أو لم يصل اذا بقي لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق  
الاستيفاء من رقبته فلا تنصو وفائدة في الرد فلا يثبت لهم الخيرة وأما ثانياً فلا معنى انتفاء  
المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بدنيهم وهو ظاهر وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلاً لجواز

( فان كان البائع غائباً فلا  
خصومة بينهم وبين المشتري  
اذا أنكر الدين عند أبي  
حنيفة ومحمد رحمه الله )  
وانما قيد بالانكار لان  
المشتري اذا أقرب بدنيهم  
وصدقهم في الدعوى كان  
لهم أن يردوا البيع بلا  
خلاف ( وقال أبو يوسف  
رحمه الله المشتري خصمهم  
ويقضى لهم بدنيهم )  
لانه يدعي الملك لنفسه  
فيكون خصماً لكل من  
ينازعه فيما في يده ( ولهما  
أنه لو جعل خصماً لا دعوى  
عليه والدعوى تتضمن  
فسخ العقد والعقد قد قام بهما  
فيكون الفسخ قضاء على  
الغائب ) قال فخر الاسلام  
رحمه الله وعلى هذا الخلاف  
اذا اشترى رجل داراً لها  
شفيع ثم وهبها لرجل  
وسلمها اليه وغاب الواهب  
ثم حضر الشفيع فان  
الموهوب له ليس بخصم  
عندهما خلافاً له وعنهما  
وهو رواية ابن سماعة  
مثل قوله في هذه المسئلة

قال (ومن قدم مصر) او قال أنا عبد لفلان فاشترى و باع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان أخبر أنه مأذون له فآخبره دليلا عليه وان لم يخبر فتصرفه (٣٥٦) دليل على اذنه وهو استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه أخبر بشيئين أحدهما أنه أخبر أنه

مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقارره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (كي لا يضيق الامر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الارار والعبيد في التجارة فلم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج الى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله (الا أنه) استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه أنه اذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان بيعه ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا ترى أنه اذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خاص حق المولى وحده جاز أن يكون مأذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه الى أن قال لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه

قال (ومن قدم مصر) وقال أنا عبد لفلان فاشترى و باع لزمه كل شيء من التجارة) لانه ان أخبر بالاذن فالأخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل على الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كي لا يضيق الأمر على الناس (الا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خاص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا (فان حضر فقال هو مأذون يبيع في الدين) لانه ظاهر الدين في حق المولى (وان قال هو محجور فالقول قوله) لانه متمسك بالاصل

أن تنتفي المحاباة في البيع ولا يني الثمن بديونهم وجواز أن يني الثمن بديونهم - م ولا تنتفي المحاباة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محاباة في البيع أن الثمن يني بديونهم - م لا يحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا يحسب التجوزا والكناية لعدم العلاقة الصحيحة لذلك بينهما (قوله ومن قدم مصر) او قال أنا عبد لفلان فاشترى و باع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان أخبر بالاذن فالأخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال في النهاية أي فتصرفه دليل على أنه مأذون في التجارة وقال هذا الذي ذكره جواب الاستحسان وأما جواب القياس فان لا يقبل قوله لانه أخبر عن شيئين أحدهما أنه أخبر أنه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقارره عليه لا يصلح حجة وأما وجه الاستحسان فاذا ذكره في الكتاب اه واقتنى أثره صاحب العناية في شرح هذا المقام اثر ذلك (أقول) تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن الاختلال فان قواهما في تقرير وجه القياس والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمسك في أحد شي هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذا لاخبار من العبد في هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها وأما جعل الاخبار في قواهما والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة أعم من الاخبار الحقيقية والحكمى وادعاءه أن في ذلك الشق اخبارا حكميا عن كونه مأذونا وهو - م تصرفه تصرف المأذون فتعمل جدا كما لا يخفى فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي فانه جعل هذه المسئلة على وجهين و ذكر لكل واحد منهما ما وجه قياس وجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين أحدهما ما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق إلا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الأثر ويترك بها القياس والنظر ولان في ذلك ضرورة وبلى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وثانيهما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشيء والقياس فيه أن لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه مأذون لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب أن يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس أن يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلى الى هنا كلامه واقتنى أثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزياي في شرح الكنز (قوله الا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خاص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا) أقول لقائل أن يقول ان أراد بقوله لانها خاص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم أن يبيعوه لاستيفاد ديونهم الا أن يفدى المولى ديونهم - م وان أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو



**فصل** لما فرغ من أحكام اذن العبد في التجارة بين أحكام اذن الصبي الا أنه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا أذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع ودون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجره لصيانة نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعامل لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه اذ لا يكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولا نه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون والي المأذون لان كونه موليا عليه سنة المعجز وكونه والي المأذون القدرة فصار كالطلاق والعناق ولا يصحان منه وان أذن له الولي بخلاف الصوم والنفل والصلاة النافذة لانهم مالا يقيم امان بالولي فيصحان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعني قلت بصحتها كصحتها اذا كانت (٣٥٧) في أبواب الخير وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه

صحيح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة (وقد تحقق) فيجب تنفيذه (أما بالبيع والشراء فينبط لاه الولي فلا ضرورة ولما أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه) أما أنه تصرف مشروع فلا أن الله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي وأما أنه صدر من أهله فلا أنه فاعل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك وأما أنه في محله فلا يكون المبيع مالا متقوما وأما الولاية الشرعية فلا نه صدر باذن وليه والولي له هذا

**فصل** (واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصيانة فيبقى ببقائه ولا نه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون والي المأذون والصلاة النافذة وصار كالطلاق والعناق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقيم بالولي وكذا الوصية على أصله فحققت الضرورة الى تنفيذه منه أما بالبيع والشراء فينبط لاه الولي فلا ضرورة ههنا ولما أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافات والصبا بسبب الحجر لعدم الهداية لانه وقد ثبتت نظر الى اذن الولي

المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على أن لا يقبل قوله في الرقبة أصلا لانه لا يمنع أن يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له ولزوم كل شيء في التجارة لانه لا يضيق الامر على الناس فليست بالواظن في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقبة أي في حق بيع الرقبة أن يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا ترى أنه اذا أذن المدبر وأم الولد لغيرهما الدين لا يباعان وهما مأذونان كما ذكر في النهاية وغيرها اه

**فصل** لما فرغ من بيان أحكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام اذن الصبي والمعنوه وقدم الاول لكثرة وقوعه (قوله واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) أقول كان الظاهر أن يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد المأذون لطابق ما قبله من قوله في التجارة وليع غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرهما أيضا عندنا وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات الا أنه أنزل اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني أعم وأظهر في افادة تمام المراد وهما في عبارة مختصر القدوري ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر اذا كان يعقل البيع والشراء وأصر على ذلك في الهداية أيضا مع ظهور منية ما في عبارة المختصر لان تعقله البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف في باب التجارة مطلقا بل لابد من أن يقبل الشراء أيضا بأن يعرف أن البيع سالب للمالك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به (قوله والصبا بسبب الحجر لعدم الهداية لانه وقد ثبتت نظر الى اذن الولي)

التصرف فيك اذا من أذن له ألا ترى أن الطلاق والعناق لما يملكه الولي لا يملك الاذن به فصدرهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان أذن الولي بذلك (قوله والصبا بسبب الحجر) جواب عن قوله لان حجره لصيانة ولما لا نسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في أمور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا أذن له الولي زال ذلك الغير لانه يعلم أنه لو لم يكن هائيا في أمور التجارة لما أذن له الولي فيصح تصرفه كما لو أذن للعبد المولى

**فصل** واذا أذن ولي الصبي (قوله والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش) أقول الظاهر أن يقول الذي يعقل أن البيع سالب للمالك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش الا أنه اقتصر على الثاني بناء على أنه يستلزم الاول (قوله يعني قلت بصحتها) أقول الضمير في بصحتها راجع الى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول ان لم يكن مضررة من كل وجه فلا ينتقض بالطلاق والعناق

وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لا مبرر للنظر له فان  
الصبا من أسباب المرجحة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة وليه وبمباشرة  
نفسه فكان مرجحة في حقه فوجب اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فأبقينا  
ولاية الولي ليتدارك ذلك (٣٥٨) وقوله (بخلاف الطلاق والعنق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعنق

وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعنق  
لأنه صار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء  
دائر بين النفع والضرر فيجعل أهله بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفاً منه على اجازة  
الولي لاحتمال وقوعه نظراً وصحة التصرف في نفسه وذ كر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه  
والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط أن يعقل كون  
البيع سالباً للملك جالباً للرجح

هـ. هذا جواب عن قول الشافعي لان حجره لصبا فيبقى ببقائه تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية  
الصبي في أمور التجارة لالذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره فاذا أذن له الولي زال ذلك الغير  
لانه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة اذ لو لم يكن هادياً فيها لما أذن له الولي فينفذ تصرفه  
كالأذن المولى للعبد كذا في الشروح (أقول) يرد على ظاهر هذا الجواب أن يقال لو كان الأمر  
كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون إذن الولي اذ اعلم هدايته في أمور التجارة بدليل من الدلائل غير إذن الولي  
لحصول العلم اذ ذلك أيضاً زال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع أن المفهوم من  
الكتب عدم نفاذ تصرفه غير إذن الولي أصلاً فيما هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما  
فتأمل (قوله وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب  
العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء  
ولايته بعد ذلك لا مبرر للنظر له فان الصبا من أسباب المرجحة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف  
نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة وليه وبمباشرة نفسه فكان مرجحة في حقه فوجب  
اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فأبقينا ولاية الولي  
ليتدارك ذلك اه كلامه (أقول) في تقريره شيء أما أولاً فلا ن قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف  
نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضرر فان تصرفه الذي هو نافع محض  
كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير إذن الولي أيضاً وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعنق لا ينفذ  
بإذن الولي أيضاً وانما الذي يتوقف نفاذه على إذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرر كالبيع  
والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه أن يقال بدل قوله  
المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظره وأما ثانياً فلا ن مقتضى تقريره المزبور أن يكون قول  
المصنف واحتمال تبدل الحال معطوفاً على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره  
وليس كذلك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين وداخل معه في حيز قوله لنظر الصبي  
اذ لا شك أن تداركه احتمال تبدل الحال أيضاً لنظر الصبي فلا وجه لجعله مقابلاً له ثم اعلم أن قول  
المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين أحدهما أن يكون جواباً عن قول الشافعي ولانه مولى عليه  
الخ وثانيهما أن يكون جواباً عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبي وليا للتصرف بإذن وليه لكان  
ينبغي أن لا يبق في وليه في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية

وحاصل ذلك أن تصرفات  
الصبي على ثلاثة أقسام  
نافع محض وضار محض  
ومتريدينهما فالاول كقبول  
الهبة والصدقة يؤهل له  
قبل الاذن وبعده والثاني  
كالطلاق والعنق لا يؤهل  
له أصلاً والثالث كالبيع  
والشراء يؤهل له بعد الاذن  
لان نقصان رأيه ينحصر برأي  
الولي لا قبله لكن قبل الاذن  
يكون موقوفاً على اجازة  
الولي لاحتمال وقوعه نظراً  
فانه أحد المحتملين وصحة  
التصرف في نفسه لصدوره  
من أهله في محله فان قيل  
إذا باع شيئاً بأضعاف قيمته  
كان نافعا محضاً كقبول  
الهبة فيجب نفوذه بلا توقف  
وأجيب بأن المعترف بذلك  
هو الوضع لا الجزئيات الواقعة  
اتفاقاً (وذكر الولي في الكتاب  
ينتظم الأب والجد عند  
عدمه) وليس المراد به الترتيب  
لان وصي الأب مقدم على  
الجد وترتيبه وليه وهو الأب  
ثم وصي الأب ثم الجد أب الأب  
ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه  
ثم الوالي (بخلاف صاحب  
الشرط) يريد به أمير البلدة  
كأمير بخاري فكان الوالي

اختار

أ كبر منه لان له ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره

(قوله وتقريره أن بقاء ولايته) أقول وعندي أنه جواب عن ثلث دلائل الشافعي بمنع المناقاة بين كونه ولياً ومولياً عليه مستنداً بأن  
كونه مولياً عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا للحجر فليتأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول تعليل لقوله لنظره (قوله  
ولا احتمال تبدل الحال) أقول معطوف على النظره

وقوله ( والتشبيه بالعبد المأذون له الخ ) كذلك لكن يرد عليه أن التعميم ليس يستقيم فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المدين بحيط بماله دون الولي وأجيب بان ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبأن دين الصبي لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه الولي ودين العبد ( ٣٥٩ ) يتعلق بكسبه والمولى أجني

منه اذا كان الدين مستغرقا ( ويصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه ) عينا كان أو دينا لوليه ولغيره لانفسه كالك الحرج عنه فكان كالبالغين وأورد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف أفاده ذلك بانه والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها ( وكذا يجوز في ظاهر الرواية ) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهم ما أنه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك لا لاعتناع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث وجه الظاهر أن الحرج لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين وله ذانفذ أبو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغب الفاحش كالبالغين فكان الموروث والمكسب في صحة الاقرار سواء لكونهما مالمية

( قوله الخ كذلك ) أقول يعني تقدم ذكره ( قوله

والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه لان الاذن فيك الحرج والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صديقا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا يجوز في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد

اختار الثاني كما ترى وكثير من السراح اختار الاول فعليه بالاختيار ثم الاختيار ( قوله والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه ) أي في حق الصبي أراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في غاية البيان وغيرها ( أقول ) لقائل أن يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم أو على الاطلاق وأما اذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة المأذون التعميم ممنوعة جدا فليتأمل وقال صاحب النهاية فان قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس محجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين أحدهما أن ما ذكرته من الحرج وعدمه هو في انحجار المولى وعدم انحجار الولي في المال وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقض الاختلاف التصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك الاب أو الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين أو لا لان دين الحرف في ذمته لا يتعلق له بماله بخلاف دين العبد المأذون فإنه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كأجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقا اه كلامه وافتقني أثره صاحب العناية في ذلك السؤال ووجهي الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال ( أقول ) الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيدها استقامة التعليل في قول المصنف ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على العموم ( أقول ) ليس هذا أيضا بسديد أما أولا فلا ن دلالة كلام المصنف وهو قوله ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع لان كلمة ما من ألفاظ العموم على ما تقر في علم الاصول وقد تأكد بيانه بقوله من الأحكام فان الجمع المعروف باللام أيضا من ألفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقر هذا أيضا في علم الاصول وأما ثانيا فلا ن دلالة في الجواب الثاني أصلا على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي فمسل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه أصلا ( قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه )

لكن يرد عليه الى قوله في مال العبد الخ ) أقول هذا ممنوع وقد مر من السراح نقلا من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه ( قوله يتعلق بذمته ) أقول يعني فقط ( قوله يتعلق بكسبه ) أقول يعني يتعلق بكسبه أيضا أي كما يتعلق بذمته لان ذمته ضعيفة بخلاف الصبي الحرج ثم أقول ولعل خلاف الجواب الثاني منع دلالة الكلام على التعميم والافلاتنظهر صلاحيته للجواب ( قوله والمولى أجني منه الخ ) أقول هذا مسلم اذا كان مستغرقا لرقبته أيضا وأما اذا لم يكن كذلك ففيه كلام وفيه الكلام



(ولا يملك تزويج عبده) بالاتفاق وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف (ولا كتابته) وإن كان الولي والوصي يملكانها إلا أن لا ي تناول ما كان من صنيع التجار والكتابة (٣٦٠) ليست منه (والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بمنزلة

الصبي يصير مأذونا بأذن  
 الاب والجد والوصى دون  
 غيرهم من الاقارب كالابن  
 للمعتوه والاخ والسم دون  
 القاضي فانه ولاية على  
 المعتوه (على ما بيناه) بعنى  
 قوله وذ كر الولى فى الكتاب  
 ينظم الاب والجد الخ  
 (وحكمه حكم الصبي) اذا بلغ  
 معتوها فما اذا بلغ عاقلا ثم  
 عنه فاذن له الاب فى التجارة  
 قال أبو بكر المبلخى رحمه الله  
 لا يصح قياسا وهو قول أبى  
 يوسف ويصح استحسانا  
 وهو قول محمد رحمه الله  
 والله أعلم

﴿ کتاب الغضب ﴾

ايراد الغصب بعد الاذن في  
التجارة لوجهين أحدهما  
أن الغصب من أنواع التجارة  
ما لا حتى ان اقرار المأذون  
لما صح بدين التجارة دون  
غيرها صح بدين الغصب ولم  
يسمح بدين المهر لكون  
الاول من التجارة دون الثاني

﴿ کتاب الغضب ﴾

(قوله ايراد الغصب الى قوله  
ما لا الخ) أقول ويجوز أن  
يقال نفاذ تصرف الغاصب  
يكون بالاذن كنفاد تصرف  
المأذون الآن في الغصب  
بالاذن اللاحق وفي المأذون  
بالاذن السابق فيكون بينهما  
مال الغير بآذنه والغاصب يتصرف

ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير  
مأذونا بأذن الأب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله أعلم

﴿ کتاب الغضب ﴾

العصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه

أورد عليه بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولى لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولى وأجيب عنه فى النهاية ومعراج الدراية بأن الولى انما لا يملك ذلك لانه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولى على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة وأما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا أن اقراره لا يصح يتركون عن معاملته فان من يمامله لا يتم كمن من أن يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز اقراره اه (أقول) هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان حاصله بيان عدم صحة اقرار الولى على الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى فى اندفاع الاراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة وههنا لم يتحقق الولاية القائمة فكيف يتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبيه لما فى الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها اه (أقول) هذا الجواب أيضا غير مستقيم لانه ان اراد أن الولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فبذلك أيضا انفس التجارة وتوابعها التى من جعلتها اقراره على مال الصبي فممنوع اذ لا شك أن اقرار الولى على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلا فأنى يملكه الولى وان اراد أن الولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التى من جعلتها اقرار الصبي على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فممنوع ولكن لا يجدى هذا شيئا فى دفع السؤال المذكور لان اللازم منه أن يملك الولى الاذن للصبي بالاقرار ولا كلام فيه وانما الكلام فى أن يملك الصبي الاقرار على نفسه باذن الولى ولاية متعدية من الولى الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولى لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالايجاب فلم تكن له ولاية قائمة فى حق نفس الاقرار على الصبي فكيف تعدى منه الولاية الى الصبي فى حق ذلك ولا يخفى أن حديث أن يملك الولى الاذن بالتجارة وتوابعها فى أثناء الجواب عن هذا الاشكال يصير لغوا من الكلام \* ثم أقول لعل الصواب فى الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية اذ قد تقر فيما مر أن الصبي يتصرف بأهليته والصبا ليس سبب الجرد لانه بل لعدم هدايته واذن الولى انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لانه مكتسب الولاية من اذنه الا أن الصبا لما كان من أسباب المراجعة بالحديث لم يؤهل الصبي أصلا لما هو ضار محض وأهل لما هو نفع محض قبل الاذن وبعده وأهل لما هو دائر بين النفع والضرب بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دائر بين النفع والضرب لا يقبل اقراره بحتر الناس عن معاملته فيتضرر به فأهل الصبي له بعد الاذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولى فتبصر فان هذا توجه حسن وجواب شاف تحسم به مادة الاشكال بالكلمة

﴿ کتاب الغصب ﴾

اراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا حقي ان اقرار

## للأذن

باسم الله أو يقال ذكره بعد ما ينتهي من المقابلة فان العبد المأذون ينصرف في

مال الغير بأذنه والغاصب يتصرف فيه لا بأذنه

فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني أن المغموب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته  
فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكر أحد المتحاشين  
متصلا بالآخر من المناسبة لأنه قدم الأذن في التجارة لأنه مشروع من كل وجه والغصب ليس مشروع والغصب في اللغة أخذ  
الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان متقوما أو غيره يقال غصب زوجة

(٣٦١)

فلان وخرفلان وفي  
النسبة أخذ مال متقوم  
محترم بغير إذن المالك  
على وجه يزيل يده فقله  
أخذ مال يشمل الحدود  
وغيره وقوله متقوم احتراز  
عن الحر وقوله محترم احتراز  
عن مال الحرب فإنه غير  
محترم وقوله على وجه يزيل  
يده أي بد المالك لبيان أن  
إزالة يد المالك لا بد منها في  
الغصب عندنا وعند  
الشافعي رحمه الله هو  
إثبات يد العدو وإن عليه  
وغرة الخ لاف تظهر في  
زوائد المغموب كوله  
المغموبة وغرة البستان  
فإنه ليست بمضمونة عندنا  
لعدم إزالة اليد وعنده  
مضمونة لإثبات اليد

(قوله فكان ذكر النوع  
الخ) أقول فيه بحث  
(قوله لأنه قدم الأذن  
الخ) أقول هذا الاحتياج  
إليه بعد ما بين وجه تأخر  
المأذون من الحجر (قوله  
وفي النسبة أخذ مال  
إلى قوله في زوائد المغموب  
الخ) أقول قال الامام  
الزبيدي حتى لا يضمن

وفي النسبة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده

المأذون لما صح بدون التجارة دون غيرها صح بدون الغصب ولم يصح بدون المهر ليكون الأول من التجارة  
دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني أن المغموب مادام قائما بعينه في يد  
الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فإنه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال  
التجارة وإن كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكر أحد المتحاشين متصلا بالآخر من المناسبة لأنه  
قدم الأذن في التجارة لأنه مشروع من كل وجه والغصب ليس مشروع كذا في النهاية والعناية (أقول)  
في الوجه الأول بحث من وجهين أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة ما لا يخفى المناسبة  
بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الأذن في التجارة لأن الأذن لنفسه ليس من جنس  
التجارة قط بل هو فكل الحجر واسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب  
المأذون مسائل نفس الأذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني أن مناسبة ذكر النوع  
بعد ذكر الجنس متحققة في سائر أنواع التجارة أيضا فينتقض ذلك الوجه بها طردا ويمكن أن يجاب عن  
كل منهما بما ينوع عناية أمان الأول فبأن يقال إن الأذن لنفسه وإن لم يكن من جنس التجارة لأنه  
متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للأذن نفسه أيضا بواسطة تعلقه بجنس  
التجارة وأمان الثاني فبأن يدعى عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال  
إن هاتيك الوجوه محضات لا مبرجات البتة فلا ضير في تحققها في غير ما سبق له أيضا ثم إن الأظهر  
في وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندى  
أن المأذون يتصرف في الشيء بالأذن الشرعى والغاصب يتصرف بالأذن شرعى فكان بينهما ما مناسبة  
المقابلة لأنه قدم كتاب المأذون لأنه مشروع والغاصب ليس مشروع اه وعلم أن محاسن الغصب  
من حيث الأحكام لا من حيث الأقدام كما في الجنائيات والديات فإن المقصود من بيان كتاب الغصب  
هو بيان حكمه المترتب عليه لأنه ليس في الغصب شيء من الإباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو  
عدوان محض وظلم صرف كذا في النهاية وغيرها (قوله وفي النسبة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن  
المالك على وجه يزيل يده) أقول لا بد من أن يراعى في هذا التعريف قيدان أحدهما قيد أو بقصر  
يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو بقصر يده لئلا يخرج على تعريف الغصب في الشرع ما أخذته  
الغاصب من يد غير المالك كما إذا أخذته من يد المستأجر أو من يد المرتن أو من يد المودع فإن الغاصب  
في هذه الصور وإن لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وإزالة اليد فرع  
تحققها لأنه فصر يده عن ماله في هاتيك الصور أيضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا  
أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك أن كان في يده أو بقصر يده أن لم يكن  
في يده اه وهكذا قال في الكافي أيضا وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لا يدخل  
في تعريف الغصب شرعية السرقة فإن الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بأن كان

(٤٦ - تكمله سابع)

الغاصب زوائد المغموب إذا هلك بغيره - ذلك لعدم إزالة يد المالك ولا ما صار مع  
المغموب بغير صنعه كما إذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولدها لا يضمن البائع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيته حتى  
ضاعت لا يضمن لما ذكرنا وعدم اليد المبطلة انتهى لكن ذكر في فتاوى قاضى خان مسألة تخالف هذا الأصل فإنه قال لو غصب عيولا  
فاستملك حتى ييسر أباه قال أبو بكر الخبيبي يضمن قيمة العيول ونقصان الام ولم يفعل في الام شيء

الغصب على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستسار مع الاشتراك بينهما ما في جميع ما ذكر  
 لتعريف الغصب شريعة في الكتاب ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا  
 التعريف حيث قال في شرح الوقاية ثم لا بد أن يراعى على هذا التعريف لا على سبيل الخفية لتخرج  
 السرقة اهـ ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت أليس يصدق الحد المذكور  
 على السرقة قلت نعم الآن في السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد فدخل مسائلها  
 باعتبار تلك الخصوصية في الحدود وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من  
 الفضولي فانه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها  
 صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدفعية تصدى لاجرائها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على  
 سبيل الخفية ولم يدركه حيث يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرر على سبيل الخفية  
 الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل من وجوه الاول أن السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب  
 الحد داخل في التعريف المذكور اذ لا يمنع شيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها  
 كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على  
 التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها أن تكون على  
 سبيل الخفية كما تقرر في كتابها ولا شك أن قيد على سبيل المجاهرة أو لا على سبيل الخفية ينافي الصدق  
 على ما كان على سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحد داخل  
 في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لأن يكون حد الغصب في الشرع والالزام أن تكون  
 السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لأحالة القطع بخالف حكمي السرقة والغصب  
 في الشرع فلغا قوله وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها بالغصب كما لا يخفى والثاني أن قوله كالشراء  
 من الفضولي فانه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بديد لان مجرد الشراء  
 من الفضولي ليس بغصب قطعا وانما الذي يصير غصبا أخذ المشتري من يد الفضولي بغير إذن المالك وهو  
 ليس ببيع جزما وليس بمذكور في كتاب البيوع أصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا  
 صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث أن قوله كأخذ مال غير محرر على سبيل الخفية في قوله ولم يدرك  
 أنه حيث يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرر على سبيل الخفية ليس بصحيح لأن  
 ما كان غير محرر كيف يتصور أخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحتراز ينافي الاختفاء وعن هذا قال  
 صاحب الهداية في فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لان الاستسار لا يتحقق  
 بدونه اهـ ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم  
 بغير إذن المالك بلا إذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلا إذن مالكه لان كون المأخوذ  
 ملكا ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا صرح به  
 في البدائع اهـ (أقول) وفيه أيضا خلل لان الوقف في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك  
 الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعنده ما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك  
 الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعة الى العباد وهذا كله مما تقرر في أول كتاب الوقف فعلى  
 كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك أصلا ولئن سلم تمام ذلك  
 فكأن الموقوف مضمون لا ينتضي كونه مغصوبا بغصب شرعي فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص  
 بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره أيضا بنوع من التعدد والجنابة لا يرى أن زوائد المغصوب  
 كولد المغصوبة وثمر البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق إزالة يد المالك عنها بناء  
 على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزولها الغاصب بل هي أمانة في يد الغاصب ان هلك



واستخدام العبد وجل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب من يلا  
ليده مع بقاء أثر فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بأنه ملك المغصوب منه فحكمه المأثم (٣٦٣) والمغرم وان كان بدونه فالضمان

لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب شيئا لمثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فله عليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهم ما هو هذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل أعديل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة)

لا يضمنه عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجي في الكتاب مع أنه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجي في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبدا رجل خطا في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بخلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمنان الاتلاف كما هو عليه فن أثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقص على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فبحسب الحاجة الى تغييره (قوله حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصب دون الجلوس على البساط) لانه بالاستخدام والجلوس أثبت بد التصرف عليه ومن ضروراته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فلم يوجد ازالة يد المالك فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العزوفى كلام المصنف ههنا مؤاخذه لفظية وهي في قوله وجل الدابة يعني والجل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لان جل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى آخر بحرف الجر تقول جلت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول جلت المتاع ولا تقول جلت الدابة الا أن يضعف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول جلت الدابة المتاع فيثبت تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر جل المضعف للتعدية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والجل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيهه كلام المصنف ههنا بما وجبه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتحارا بمواظبتها حيث قال والاصل أن يقال بالمواظبة عليها أي على العبادة الا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال اه وقصده به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها تظر والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان) أقول هذا انما يمت فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك اللهم الا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصل للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجي مذ كره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولان المثل أعديل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لان الخطئة مثلا مثل الخطئة جنسا ومالية الخطئة المؤداة مثل مالية الخطئة المغصوبة لان الجودسة ساقطة العبرة في الاموال الربوية اه (أقول)

حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصب دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب شيئا لمثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فله عليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهم ما هو هذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل أعديل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة)

لا يضمنه عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجي في الكتاب مع أنه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجي في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبدا رجل خطا في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بخلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمنان الاتلاف كما هو عليه فن أثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقص على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فبحسب الحاجة الى تغييره (قوله حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصب دون الجلوس على البساط) لانه بالاستخدام والجلوس أثبت بد التصرف عليه ومن ضروراته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فلم يوجد ازالة يد المالك فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العزوفى كلام المصنف ههنا مؤاخذه لفظية وهي في قوله وجل الدابة يعني والجل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لان جل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى آخر بحرف الجر تقول جلت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول جلت المتاع ولا تقول جلت الدابة الا أن يضعف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول جلت الدابة المتاع فيثبت تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر جل المضعف للتعدية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والجل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيهه كلام المصنف ههنا بما وجبه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتحارا بمواظبتها حيث قال والاصل أن يقال بالمواظبة عليها أي على العبادة الا أنه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال اه وقصده به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها تظر والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان) أقول هذا انما يمت فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك اللهم الا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصل للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجي مذ كره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولان المثل أعديل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لان الخطئة مثلا مثل الخطئة جنسا ومالية الخطئة المؤداة مثل مالية الخطئة المغصوبة لان الجودسة ساقطة العبرة في الاموال الربوية اه (أقول)

على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله

(قوله والثاني اما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن بمثله) أقول فيه بحث لافضائه الى الدور (قوله لان الجودسة ساقطة العبرة في الرويات) أقول وفي لطائف الاشارات ضمن الجيد بمثله لا يردى رعاية للماتلة

وقال أبو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع (لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بالمثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب أذهو الموجب

وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بالمثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب أذهو الموجب

قال المصنف (وقال أبو يوسف يوم الغصب) أقول وفي شرح الوقاية لصمد الشريعة مذهب أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقتها وفي المعلوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وأيضاً لا ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب وأيضاً عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له انتهى ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحده الانقطاع ما ذكره أبو بكر النجاشي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى

الظاهر أن المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية دفع ورود سؤال على أن يكون في إيجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندى لأنه أن أراد يكون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية أنه لا تفاوت بين جيدها ورديتها في المالية فهو ممنوع إذا التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جداً وإن أراد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يدفع به السؤال المتجه على قول المصنف ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المالية في إيجاب المثل غير مسلم لتحقيق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن عدم الاعتبار لتفاوت الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع يؤثر دور وذلك السؤال ههنا أذلو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف أيضاً تأمل تقف (قوله لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بالمثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب أذهو الموجب) قال صاحب النهاية فإن قلت لم قدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت بمحتمل أن يكون ذلك الوجهين أحدهما أن يكون المختار قوله لقوة داللة اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لأن المصنوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فإن أول الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يأت إلا بتقديم قول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة رحمه الله اه كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية أيضاً وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية أيضاً ولكن بطريق النقل بقبول (أقول) كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه أما الوجه الاول فلا نأخذ كرفيه لا يدل على قوة دليل أبي يوسف لأن المصنوب المثل انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمن المثل ثم انتقل إلى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذكر دليل محمد فنأين يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو لم يكن قوة دليله فهي تقتضي تأخير دليله اذ من عادة المصنف المستمرة أن يؤثر القوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم وإن كان يقدم القوى في الاكثر عند نقل أصل الاقوال وهذا مما لا ستره عنه من قدم رايه في معرفة أساليب كلام المصنف وأما الوجه الثاني فلا نأين اثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزمني مما لا يتعلق به نظر فقهي أصلاً فتغيير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الأمر الوهمي مما لا يناسب بشأه الرفيع فالوجه عندى أن المصنف جرى ههنا أيضاً على عادته المقررة من تأخير الأقوى فالأقوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر للتقدم كما حصل ههنا أيضاً ذلك على ما يشهد به التأمل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول قول أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقتها وفي المعلوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وأيضاً لا ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب وأيضاً عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له إلى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحده الانقطاع ما ذكره أبو بكر

(ولمعه داخل) كلامه فيه واضح  
 قيل انما قدم قول أبي يوسف  
 لتثبت الاقوال بحسب ترتيب  
 الزمان على تلك الاقوال فان  
 أول الاوقات يوم الغصب ثم  
 يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة  
 ويراد الاقوال على هذه  
 الأربعة لم يأت الا بتقديم  
 قول أبي يوسف وان كان  
 الثاني فعليه قيمته يوم غصبه  
 قال المصنف رحمه الله  
 (معناه) أي معنى قوله  
 لا مثل له (العديدات المتفاوتة)  
 وتحقيقه أن معناه الشيء  
 الذي لا يضمن بمثله من جنسه  
 لان الذي لا مثل له على  
 الحقيقة هو الله تعالى وذلك  
 كالعديدات المتفاوتة مثل  
 الدواب والنبات وانما وجب  
 قيمته (لتعذر مراعاة الحق في  
 الجنس فيراعى في المالية  
 وحدها دفعا للضرر بقدر  
 الامكان

قال المصنف (لانه مطالب  
 بالقيمة بأصل السبب كما وجد  
 فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول  
 فيه بحث فانه مطالب بالعين  
 اذا كانت قائمة على القول  
 الأقوى (قوله لان الذي  
 لا مثل له على الحقيقة هو  
 الله تعالى) أقول اذا اجسام  
 متماثلة لتجانس الجواهر  
 الفردية والمجردات غير ثابتة  
 (قوله وذلك كالعديدات الخ)  
 أقول أشار بقوله ذلك الى  
 الشيء في قوله أن معناه  
 الشيء الذي الخ

ولمعد أن الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولا يبي  
 حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا الوصل الى أن يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء  
 القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد  
 فتعتبر قيمته عند ذلك قال (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العديدات المتفاوتة لانه  
 لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

التلبي وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم اه  
 وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح (أقول) ويمكن رده هذا الجواب بأن  
 يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في  
 الخارج مطلقا وكأنه لهذا قال وفي المعدوم هـ ذمته نذر أو متعسر يعني أنه بعد ما عدم في السوق  
 الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت أيضا نذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار  
 تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيه الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا  
 مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقاءه في السوق الذي يباع فيه  
 فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر النجفي في حد الانقطاع كما لا يخفى (قوله بخلاف ما لا  
 مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه اشكال لان  
 هذا لا يتم على ما سيجي وعن قريب من أن الموجب الاصل في الغصب على ما قالوا هو رد العين  
 وانما رد القيمة مخلص خلفا اذا المطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضا انما هو رد العين لانه  
 الواجب الاصل مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت  
 وجود أصل السبب وهو الغصب ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما لا مثل هو المثل في الذمة  
 وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند أبي  
 حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد  
 منهم ما وبالمجمل الفرق بين ما لا مثل له وبين ما له مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر في الاول  
 عند وجود أصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصل في  
 الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجي، وأما على ما قيل ان الموجب الاصل هو  
 القيمة ورد العين مخلص كما سيجي، أيضا فلا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد رأسا ان في كل منهما ما تصرح  
 بأن الموجب الاصل في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بما مر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على  
 كل حال (قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العديدات المتفاوتة) يعني معنى قول القدروري في  
 مختصره ما لا مثل له العديدات المتفاوتة قال صاحب العناية أخذا من النهاية وتحقيقه أن معناه الشيء  
 الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعديدات المتفاوتة  
 مثل الدواب والنبات اه (أقول) هذا الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان أراد  
 بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله  
 بقوله لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير  
 جنسه أيضا بالاولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله  
 تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان  
 أراد بذلك ما له مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله  
 فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدروري ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال  
 في وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته



أما العددي المتقارب (كالجوز والبيض) فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت (قيل وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمم والطشت وليس بواضح لأن من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فإنه لا يمثل له ففيه القيمة وإن كان الأول فعلى الغاصب رد العين ولعمري أن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل (لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد) أي على صاحب اليد عينا ما أخذت اليد حتى ترد (وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لأعيا ولا جاذافا أن أخذه فليرده عليه) وهو واضح ورواية الفائق والمصايح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه أن لا يريد بأخذه سرقة ولكن إدخال الغيظ (٣٦٦) على أخيه فهو لا عب في مذهب السرة جاذف إدخال الأذى عليه أو قاصد للعب وهو يريد أنه يجد في ذلك

أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا يمثل له قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه مادام قائما لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لأعيا ولا جاذافا أن أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادة الباقي وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لأنه قاصر إذا الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام

ليغبطه (ولأن اليد حق مقصود) بدليل جواز أذن العبد في التجارة فإنه لا حكم لشرائه في حقه سوى التصرف باليد لاسمها إذا كان مديونا فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم أن البدن مقصود (وقد فوتها عليه فيجب) عليه (إعادتها بالرد إليه وهو الموجب) أي رد العين هو الموجب (الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لأنه قاصر إذا الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام)

أي يضمن بقيمته في شبهة جواب المسئلة بلغوم الكلام لكونه معلوما بصدر المسئلة وبالجملة تفسير ما لا يمثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن مثله كما فعله صاحب العناية والنهاية وكذا تفسيره ما لا يمثل في المسئلة الأولى بما لا يضمن مثله كما فعله صاحب العناية مما لا تقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الأولى أيضا ومن غصب شيئا له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية فالحق عندى أن المراد بما لا يمثل في المسئلة الأولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي ينصرف إليه المثل عند الإطلاق وبما لا يمثل في هذه المسئلة ما لا يمثل له صورة ومعنى وإن كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر وقد أفصح عن نوعي المثل في السكا في حيث قال من قبل أن المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل في ضمان العدو وإن صار بمنزلة الأصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل اه فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال في الكافي بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك يضمن من مثله صورة من جنس ذلك لما تلوينا ولنا ما روى عن شريح من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص اه (أقول) يرد عليه أنه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسئلة الأولى وهو الذي أشار إليه في الكافي وغيره بقوله لما تلوينا فتدبر (قوله أما العددي المتقارب فهو كالمكيل) قال في النهاية وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل

(قوله قبل وإنما اقتصر على قوله والطشت) أقول الآن بين ما فرقا فان البر والشعير مختلفان من الأصل بخلاف القمم والطشت المعمولان من

أصل واحد كالتحاش فان اختلافهما ليس بالاختلاف الصفة (قوله ولعمري أن تقديم هذا الخ) أقول وهو وإنما قدم المصنف ما قدمه اهتماما بالكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول لأنه موجب قال المصنف (ويظهر ذلك في بعض الأحكام) أقول منها الوأبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولولا أن الواجب الأصلي القيمة لما صح ذلك ومنها لو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفاية بالعين وإذا لا يصح ومنها أنه لا تجب الزكاة على الغاصب في نصاب يد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابله وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب كذا ذكره في النهاية والجواب إنما هو بعرضية أن يوجد له شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك (قوله لأنه قاصر الخ) أقول يعني لأن رد القيمة قاصر

فهما اذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح البراءة لان البراءة عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة اذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المغصوب قبل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصل لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسألة الابرأ انما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابرأ صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير بربوا النوار وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسألة الزكاة بما ذكرنا في مسألة الابرأ (ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى

(٣٦٧)

هلا كما حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لا تظهرها) ومقدار ذلك مفوض الى رأي الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضى أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه ببدلها) بما اتفقا عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة (لان الواجب رد العين والهالك يعارض بالغاصب يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السير أن الغاصب اذا عيب المغصوب والقاضي يقضى عليه بالقيمة من غير تلوم فإوجهه قيل في المسألة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل

(والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن (فان ادعى هلا كما حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لا تظهرها ثم قضى عليه ببدلها) لان الواجب رد العين والهالك يعارض فهو يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه عن متاع فيحبس الى أن يعلم ما يدعيه فادعاهم الهالك سقط عنه رده فليزمه رد بدله وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول)

وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من التميم والطشت اه (أقول) لقائل أن يقول لو كان اقتصاره على المكمل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال ومن غصب شيئا مثل كالمكمل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية بقبول وليس بواضح لان من المكمل ما هو كذلك كالمخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة اه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكمل في قوله أما العدي المتقارب فهو كالمكمل حتى يجب مثله لقلته لتفاوت هو المكمل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البراءة المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وبقريته شهرة اعتبار الجنس مع المكمل في تحقق المماثلة في المكمل كما تقرر في باب الرباع من البيوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته ويتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم ان المقصود ببيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف فيه ولا اشتباه واتما الخلف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصل بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار اليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل أشار اليه المصنف نفسه

قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر

(قوله اذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المغصوب) أقول كما اذا انتقص بالدين (قوله قبل والصحيح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك) أقول رده العلامة الزيلعي وقال كونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأسل كالمظهر مع الجماعة فان الظاهر هو الاصل والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها الى هنا عبارته واثبات أن تقول ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مودده (قوله وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول وأنت خير بأنه يجوز أن يجاب عن هذه المسألة بما أجيب به عن مسألة الابرأ (قوله وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز) أقول يعني لو قضى بالتلوم يجوز (قوله والمذكور في الكتاب جواب الافضل) أقول يعني الافضل هو التلوم قال المصنف (والغصب فيما ينقل ويحول) أقول والغصب مبتدأ وقوله فيما ينقل خبره

(لان الغصب بحقيقته) حواله (يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق (فانما غصب عقار افهالك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول والشافعي رحمه الله لتحقيق (٣٦٨) اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك (ومن ضرورته زوال اليد بالمالك

لاستحالة اجتماع البدن) من جنس واحد (على محل واحد في حالة واحدة) وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا آجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الايجار حكما لكم ما يبدان مختلفان (فيتحقق الوصفان) يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقيق الوصفين هو الغصب (على ما بيناه فصار كالمنقول) في تحقيق الوصفين (وجهود الوديعة) في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجعله كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت أن جهود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظاهر وكان التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي للالزام لانه يكتفي في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(قوله لان الغصب بحقيقته الخ) أقول تعليل لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويحول لافي العقار قال المصنف (واذا غصب

عقارا) أقول اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة قال المصنف (لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك) أقول هو لتعليل قول محمد لالتعليل قول الشافعي فان عدم تحقيق الغصب باثبات اليد بدون ازالة يد المالك كذا في شرح الكاكي وقال الاكمل وكان التكلف باثبات اليد الباطلة كما تقدم

لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل (واذا غصب عقار افهالك في يده لم يضمنه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول والشافعي لتحقيق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع البدن على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجهود الوديعة حيث قال في تعليل ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في أن أداء القصر في التركيب المزبور ماذا فعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرحوا به في علم الادب ومثله ينحو التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش (قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) أقول لقائل أن يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الا في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبرا وبذ كر التفصيل الا في هناك يستغنى عن ذكر التعليل ههنا فالاحسن أن يكتفي بما سأتى في تعليل جواب مسألة غصب العقار المتفرعة على الاصل المذكور ههنا كما كتفي ببيان الخلاف هناك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور ههنا متحقق ههنا أيضا لا محالة (قوله واذا غصب عقار افهالك في يده لم يضمنه) أقول كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله واذا غصب عقار الخ لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي أن يظهر علامة التفرع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكر كلمة الفاء في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولاً وهو قول أبي يوسف الا خرجني أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الا خرجني لا ينعقد موجباً للضمان اهـ والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدروري فبدلها المصنف بالواو في البداية والهداية \* ثم أقول المراد بالغصب في قوله واذا غصب عقار هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه أن يقال قد تقرر فيما مر أن حكم الغصب مطلقاً عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والتحقيق ههنا هو الثاني دون الاول فلا منافاة قال بعض القضاة اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ (أقول) فيه أن المصير الى المجاز انما هو عند نعت الحقيقة وهنا الحقيقة اللغوية متبصرة فلا يصار الى المجاز الا هم الا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي ولكن حق الاداء ما قدمناه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان وقد اختلفت عبارات المشايخ في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجهه بوجوب الضمان واليه مال القدروري في قوله واذا غصب عقار افهالك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق أصلاً واليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه (أقول) فيه نظر لانه ان أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلان لم ذلك اذ لم يقل أحد ان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيما كيف ولو قاله لما صح منه أن يقول لا على وجهه بوجوب

الضمان

عقارا) أقول اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة قال المصنف (لتحقق اثبات اليد ومن

ضرورته زوال يد المالك) أقول هو لتعليل قول محمد لالتعليل قول الشافعي فان عدم تحقيق الغصب باثبات اليد بدون ازالة يد المالك كذا في شرح الكاكي وقال الاكمل وكان التكلف باثبات اليد الباطلة كما تقدم



(ولاي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك) أي بسبب ذلك (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه) أي باخراج المالك (عنها) أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار (وهو) أي الاخراج (فعل في المالك لافي العقار) فانتفى ازالة اليد والسكن ينتفى بانتفاء جزئه (فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي) حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها (وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة) ذكر في المختلفات أن الوديعة لو كانت عقارا لا تضمن وان جحدوز كرفي المبسوط والا صح أن يقال بجحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحد تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناء ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكناء ضمنه في قولهم جميعا أما على قول محمد والشافعي رجحما الله فظاهر وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما الله فلا تلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف رحمه الله (و يدخل فيما قاله) يعني القدوري (اذا انهدمت الدار بسكناء وعمله) بأن كان عمله الحداة أو الفصارة فوهي جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا يسكناء وعمله بل بأقفة مما وية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف (٣٦٩) (فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر

بالغصب ولا يثبت لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف في الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيئا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان في الغصب عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وقيد بقوله ولا يثبت لانه اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب وأما اذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه وبأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله (هو الصحيح) بمقتل أن يكون

ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لافي العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحد تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناء ضمنه في قولهم جميعا) لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناء وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا يثبت لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح

الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد وانما المراد بالغصب في عبارة من أثبت الغصب ونفي الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه وان أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضا فلا نسلم أن أحدا قال ان الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك أصلا فضلا عن ازالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الاصل الشرعي عنده ما في العقار على ما ستعرفه فلا يصدر عن له أدنى تمييزا نكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل مشايخنا هؤلاء الأجلاء (قوله وإلهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لافي العقار) قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولا يثبت حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات

(٤٧ تكمله سابع) احتراز عن قول بعضهم بأن في مسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شتم دأدارا لانسان وقضى له بها ثمر جعاضنا قيمته الماشه ودعاه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما أجيب بأن مسألة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين أن الاتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على المالك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وأما في مسئلتنا فان الاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بحجز المالك عن اثبات ملكه بينته ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه ملكه قضى له به اقل هذا لا يكون البائع ضامنا

قال المصنف (ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين) أقول ليت شعري بأي دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين رمي ثبت بل مفهوم ازالة اليد حقيقة في اخراج المالك أظهر ويجوز أن يقال الواجب ضمان المحل فاذا لم يكن له فعل في المحل بل في ملكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف (وهذا لا يتصور في العقار) أقول للغصم أن يقول انما يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فأمل (قوله أي بسبب ذلك) أقول فيه تأمل فان السببية غير ظاهرة بل الظاهر أنها الاصلاق أو المصاحبة (قوله فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب) أقول فيه بحث (قوله لو أقام البينة) أقول يعني المالك (قوله على المالك لنفسه) أقول يعني بعد الشهادة والقضاء

قال (واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لانه أتلف البعض فبأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال  
(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل) وسند كراوجه من الجانبين قال  
(واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه)

اليد بازالة المالك أي بسبب ذلك وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا  
بإخراجه أي بإخراج المالك عنها أي عن العقار بمعنى الضبعة أو الدار وهو أي الإخراج فعل في المالك  
لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جزئه اه (أقول) في تقريره تصور أما أولاً فلا نه  
جعل الباء في قول المصنف بازالة يد المالك للسببية وليس بواضح اذ على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد  
الغاصب وبين ازالة يد المالك كان السبب هو اثبات يد الغاصب دون ازالة يد المالك لكون الاول وجودياً  
وأصلاً صادراً من الغاصب والثاني أمراً عدمياً متفرعاً على الاول وأيضاً لو كان الباء المزبورة للسببية  
كان معنى كلام المصنف ولهم ما أن الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم  
منه كون الغصب عندهم ما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود  
فالوجه أن يكون الباء عنه للصاحبة فيكون المعنى ولهما أن الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل  
في العين فبذلك ينتظم المعنى ويحصل المقصود وأما ثانياً فلا أن المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون  
التقييد أن لا يتحقق ازالة اليد أصلاً في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد مر في تعليل قول محمد  
أن من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليمين على محل واحد في حالة واحدة وفي  
تعليل قوله ما ههنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة وليست بقابلة للنفي والمنع لتقريرها وبدايتها فلا جرم  
كانت مسلمة عندهم ما أيضاً كيف يتم تقرير دليله بما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد أصلاً في غصب  
العقار فالاولى في تقرير دليله ما وحل كلام المصنف ههنا أن يقال ولهما أن الغصب اثبات اليد  
العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقاً أي سواء كانت بفعل في العين  
أو بفعل في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقاً لا زالها بوجه خاص  
وهو أن يكون بفعل في العين وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع ازالة  
يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا بإخراج المالك عنها أي  
عن العين المغصوبة وهو أي ذلك الإخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل  
في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عنده لا كه في يد الآخذ وبهذا التقرير يثبت  
مدعى الامام الاعظم والامام الثاني ويخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والشافعي كما  
لا يخفى على ذي فطرة سليمة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال ليت شعري بأي دليل  
ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد يتحققه في إخراج المالك أظهر  
اه (أقول) قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فزاعاً على  
أصلهما أن الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا  
شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه  
بفعل في الضمان فيستدعى وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا كلامه فتأمل  
ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف في تعليل قوله ما وهذا لا يتصور في العقار بأن قال للخصم أن يقول  
انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل اه (أقول) ليس هذا بشئ اذ ليس في الخصوم من ينكر  
تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفتة آنفاً فكيف يتصور أن يقول الخصم

(وان انتقصت بالزراعة  
يغرم النقصان) ويعرف  
النقصان بأن ينظر بكم  
تستأجر هذه الأرض قبل  
استعمالها أو بكم تستأجر  
بعد استعمالها فتفاوت  
ما بينهما ما انتقص منها وهذا  
قول نصير بن يحيى وكلامه  
واضح قال (واذا هلك النقلي  
في يد الغاصب بفعله أو  
بغير فعله ضمنه)

وذ كراختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله (لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده ثجب القيمة)  
يعنى على رأى من يرى أن الموجب الاصلى فى الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا (أو تقرر) أى القيمة (بذلك السبب) يعنى على رأى  
من يرى أن الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فان هلك العين تقرر القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أى ولو كان  
الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل فى ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وان نقص) المصوب (فى يد  
الغاصب) ولم يجبر نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان فى يده مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة النديين فانكسر  
ندينها أو فى غير يده مثل أن كان عبدا محترقا فأنسى الحرفة (لانه دخل فى ضمانه بجميع) (٣٧١) أجزائه بالغصب) وقد فات منه جزء

(ف) تعذر رده عنه و (ما تعذر  
رده عنه يجب رده قيمته) وأما  
إذا انجبر نقصانه مثل أن ولدت  
المصوبة عند الغاصب  
فردھا وفى قيمة الولد وھا  
بنقصان الولادة فلا يضمن  
الغاصب شيئا عندنا خلافا  
لرأى رجه الله فان كان  
النقصان بتراجع السعر  
فلا يخلو اما أن يكون الرد  
فى مكان الغصب أولا فان  
كان فيه فلا ضمان عليه  
لان تراجع السعر يفتور  
الرجبات لا بفوات جزه وان  
لم يكن فيه بخير المالك بين  
أخذ القيمة والانتظار الى  
الذهاب الى ذلك المكان  
فيسترد لان النقصان  
حصل من قبل الغاصب  
بنقله الى هذا المكان  
فكان له أن يلتزم الضرر  
ويطالبه بالقيمة وله أن  
ينتظر فقوله (بخلاف تراجع  
السعر) متعلق بقوله فما  
تعذر رده عنه يجب رد

وفى أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهو ذلك لان  
العين دخل فى ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب رد القيمة أو بتقرر بذلك  
السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص فى يده ضمن النقصان) لانه يدخل جميع أجزائه  
فى ضمانه بالغصب فما تعذر رده عنه يجب رده قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد فى مكان الغصب  
لانه عبارة عن فتور الرجبات دون فوت الجزه وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد أما الغصب فقبض  
والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف

انما يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد (قوله وفى أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو  
المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الغصب الشرعى فيما ينقل فهو  
مسلم ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا فى أكثر نسخ المختصر لجواز أن  
يكون المراد بذلك الغصب اللغوى وهو بيع المنقول وغيره ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر فى قوله واذا  
غصب عقارا فهلك فى يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوى لا محالة وان أراد أن الغصب مطلقا فيما ينقل  
فهو ممنوع جدا ويمكن أن يجاب عنه أن المراد هو الاول ولا بد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور  
ههنا فى أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوى دون الشرعى لان المعنى اللغوى فى المنقولات الشرعية معنى  
مجازى بالنظر الى وضع أهل الشرع على ما عرف فى علم الاصول بل فى علم البيان أيضا فلا بد فى ارادة  
المعنى اللغوى بالمنقولات الشرعية فى مخاطبة أهل الشرع من قرينة وههنا القرينة منتفية فوجب  
الحل على المعنى الشرعى بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل  
ويحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب فى قوله غصب عقارا معناه اللغوى دون الشرعى تدبر (قوله  
ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول فيه شئ وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه تعم المثلى وغير المثلى  
من المنقولات لعموم الحكم المذكور فى جوابها كلامهم ما مع أن قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى  
فى صورة المثلى على قول أبى حنيفة ومحمد رجهما الله اذ قد تقرر فيما مر أن المعنى فى هاتيك الصورة  
عند أبى حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة اتفاقية  
(قوله وان نقص فى يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب فما تعذر رده عنه  
يجب رده قيمته) أقول فى هذا التعليل قصورا قد صرح فى عامة الشروح بأن مسئلتنا هذه تعم ما كان  
النقصان فى يده المصوب مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهدة النديين فانكسر ندينها أو ما كان فى غير

قيمه (وبخلاف المبيع) معطوف على قوله بخلاف يعنى اذا نقص شئ من قيمة المبيع فى يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه  
المشتري لا يضمن البائع شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شئ من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان خسر النقصان كالمواشترى جارية  
بمائة مثلا فاعورت فى يد البائع فصارت تساوى خمسين كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه  
تسليم تمام المائة كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض وهذا  
لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها ووصفاتها فكانت مضمونة

(قوله لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول الضمير فى نقله  
راجع الى الغاصب والضمير فى له راجع الى المالك المقدم ذكره والضمير فى يطالبه راجع الى الغاصب



قال المصنف رحمه الله  
(ومراد) أي مراد القدوري  
رحمه الله بقوله وإن نقص في  
يده ضمن النقصان (غير الربوي  
أما في الرويات) كما إذا غصب  
حنطة فعقنت عنده أو أناه  
فضة فأنه شتم في يده (ولا  
يمكنه تضمين النقصان مع  
استرداد الأصل لأنه يؤدي  
إلى الربا) لكن صاحبه بالخيار  
إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا  
شيء له غيره وإن شاء تركه  
وضمنه مثله قال (ومن غصب  
عبدا فاستغله) أي ومن غصب  
عبدا فآجره وقبض الأجرة  
فصار مهرز ولا في العمل  
فعليه النقصان لما بينا أنه  
دخل جميع أجزائه في ضمانه  
بالغصب فما عذر رد عينه  
يجب رد قيمته ونقصان وصفه  
فما عذر فيه الرد فوجب رد  
قيمة النقصان ويتصدق  
بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد  
رحمهما الله وعند أبي يوسف  
رحمه الله لا يتصدق بها  
وعلى هذا إذا أجز المستعير  
المستعار والمودع الوديعة

قال المصنف ( قال  
رضي الله عنه وهذا  
عندهما أيضا ) أقول  
الظاهر تقديم أيضا على  
قوله عندهما

قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي أما في الرويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه  
يؤدي إلى الربا قال (ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة)  
قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف إذا أجز المستعير المستعار  
بده مثله أن كان عبدا محترقا فقسى الحرفة ولا يخفى أن التعليل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية  
لأن النقصان فيها من حيث الأوصاف دون الأجزاء فالأولى في التعليل أن يقال لأنه يدخل جميع أجزائه  
وأوصافه في ضمانه بالغصب فإنه أوفى بالصورتين معا وأوفى لقوله الآتي وبخلاف المبيع لأنه ضمان  
عقد أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تقف (قوله ومراده غير  
الربوي أما في الرويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا) يعني أن مراد  
القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي وأما في الرويات أي في الأموال الربوية  
التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل لأنه  
يؤدي إلى الربا هذا خفي كلامه (أقول) لقائل أن يقول عدم إمكان ذلك مسلم فيما إذا كان نقصان  
الرويات في الأوصاف كما إذا غصب حنطة فعقنت في يده إذا اعتبر للتفاوت في الوصف عندنا  
في الأموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل إلى الربا بالمحالة وأما فيما  
إذا كان نقصانها في الأجزاء كما إذا غصب كيليا أو وزنا فقلبت بعض أجزائه فنقص قدره كيليا أو وزنا  
فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الأصل بل تأد إلى الربا أصلا كما لا يخفى فما  
معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم إمكان تضمين النقصان مع استرداد الأصل  
في الرويات مطلقا قائل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف ومراده أي مراد  
القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي أما في الرويات كما إذا غصب حنطة فعقنت  
عنده أو أناه فضة فأنه شتم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا لكن  
صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وإن شاء تركه وضمنه مثله إلى هنا كلامه (أقول)  
تقرر بصاحب العناية ههنا وإن كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية نقلا عن الإيضاح إلا أنه  
منظور فيه عندي أما أولا فلا أنه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية بنفسها وفي سائر  
المعتبرات أيضا بأن الوزني الذي في تبعضه مضرة كالصوغ من الققم والطست ليس بمثل بل هو من  
ذوات القيم ولا شك أن أناه فضة من ذلك القبيل فكيف يتم غشيل الرويات ههنا بأناه فضة ثم شتم في يده  
وأما ثانيا فلا أنه كيف يصح قوله وإن شاء تركه وضمنه مثله وتضمن المثل انما يتصور في المثليات دون  
ذوات القيم التي منها أناه فضة على مقتضى ما صرح حوايه كما مر آنفا فعمل الحق في حكم غصب أناه فضة  
إذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار  
إن شاء أخذ بعينه ولا شيء له غير ذلك وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي هكذا وإن كان  
الأناء فضة فهو بالخيار إن شاء أخذ بعينه ولا شيء له غير ذلك وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك إن  
كان الأناء من ذهب فهو بالخيار إن شاء أخذ بعينه وإن شاء أخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب  
النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل أناء فضة حيث قال وفي  
المبسوط وإن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي يضمن قيمته من  
جنسه بناء على أصله أن الجودة والرداءة والصنعة في الأموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة  
بجنسها فلوا وجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق  
المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلم اعاد حقها والخرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا

لأبي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه ومملكه أما الضمان فظاهر لأن المصوب دخل في ضمان الغاصب وأما الملك فلا لأنه عليه من وقت الغصب مستندا إذا ضمن ولهما القول بالموجب أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضمنه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسيبيله التصديق إذا فرغ يحصل على وصف الأصل أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فإن قيل التصرف في ملكه مستندا فإني يكون الخبيث أجاب بقوله (والمالك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائق (فلا يندم به الخبيث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبيث لأجل المالك ولهذا الواسم الغلة مع العبد إلى المالك يباح له تناول فيزول الخبيث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فله في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فإن الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري لأن الخبيث ما كان لأجله إلا إذا لم يجد الغاصب غيره) أي غير الغلة بتأويل المذكور أو الأجر أو المال (لأنه محتاج إليه وللمحتاج إليه أن يصرفه إلى حاجة نفسه) (٣٧٣) وهو أولى بذلك لأنهم لم يملكه وإن كان فيه

خبيث (فلو أصاب ما لا تصدق

بمثله إن كان غنيا وقت

الاستعمال) أي وقت استهلاك

الثمن (وإن كان فقيرا فلا شيء

عليه لماذا كرنا) أنه محتاج

وكذلك إن استهلك الغلة

مكان الثمن إن كان محتاجا

فلا شيء عليه وإن كان غنيا

فعليه أن يتصدق بمثله

قال (ومن غصب ألفا

فاشترى بها جارية) الغاصب

إذا تصرف في المصوب أو

المودع في الوديعة ويرج فيه

لا يطيب له الرجوع عند أي

خليفة ومحمد رحمه الله

خلافًا لأبي يوسف رحمه

الله وقد مر في الدلائل

وجوابه في الوديعة أظهر

لماذا كرنا أنه لا يستند الملك

إلى ما قبل التصرف لانعدام

سبب الضمان فكان

لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه ومملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا ولهما ما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسيبيله التصديق إذا فرغ يحصل على وصف الأصل والمالك المستند ناقص فلا يندم به الخبيث (فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان) لأن الخبيث لأجل المالك ولهذا يؤدي إليه يباح له تناول فيزول الخبيث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فله في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبيث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لماذا كرنا قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فأنه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المصوب أو الوديعة ويرج لا يطيب له الرجوع عندهما خلافا لأبي يوسف وقد مر الدلائل وجوابه في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة أما فيما لا يتعين كالثمنين

اه (قوله لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه ومملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا) أقول فيه نوع تأمل لأن الذي حصل في ضمانه ومملكه إنما هو البعض الفائت من المصوب دون مجموع المصوب لأن الكلام فيما إذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل والظاهر أن الغلة أي الأجرة بمقابلته منافع مجموع العبد المصوب المستغل لا عقابله منفعة وصفه الفائت فقط فمواجهة القول بأن لا يتصدق بشيء من الغلة أصلا فتفكر (قوله) فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لماذا كرنا) فسر جهرا والسراج وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط

التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الرجوع خبيثا وإنما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيها على تحقيق الخبيث وإن تداولته الأيدي ثم هذا أي عدم طيب الرجوع فيما يتعين بالإشارة كالعروض ظاهر وأما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير

(قوله لكنه بسبب خبيث) أقول أي لكنه حصل أوليكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول سيجي الحديث بتفصيله في الدرس الآتي قال المصنف (والمالك ناقص) أقول حيث لم يملك العبد كله بل ما نقصته الغلة إذا لم يضمن غيره نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما إذا ضمن قيمة العبد كله وفي أكثر النسخ والمالك المستند ناقص فلا مجال للعمل على هذا الاحتمال إلا يجعل اللام عهدية (قوله) أجاب بقوله والمالك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت) أقول المضمون هو ما نقصته الغلة وهو فائت غير قائم فتأمل فإنه إذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك في حق حل الوطء الذي فات قال المصنف (فيزول الخبيث بالأداء إليه) أقول زوال الخبيث بالنسبة إلى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جواز الاستعانة للغاصب في أداء ما وجب عليه بتلك الغلة لكن أدى دين زيد بماله الآخر فليتأمل فإن جوابه غير خفي

فقوله (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (اشترى بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها) قال فخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها ونقد منها اما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها أو أشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا ونقد منها يطيب له وهذه أربعة أوجه أيضا وهو أنه اذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الإشارة اذا كانت لاتفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعه للخروج عن الناس وقال فخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال أي في الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال وذلك لأنه اذا نقد منها ولم يشرف سلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فأما أن يصير عنها عوضا فلا ثبت شبهة الخبث وان أشار اليها ونقد من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضا وسبيل منسلة التصديق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب

فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن أما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها أو أطلق إطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الإشارة اذا كانت لاتفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال (وان اشترى بالالف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعما ما فأكاه لم يتصدق بشيء) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

بعبارة صريحة فيما فسر وابه وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا أصاب بعد ذلك ما لا تصدق عنه له ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك اه (أقول) فيه اشكال فانه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن وبصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة إلى حاجته في حال فقره لاحقا حتى يلزمه التصديق بمثلها عند أصابته مالا ولا يرى أنه لو صرفها إلى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصديق بمثلها من بعد أصلا ففما اذا صرفها إلى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم إلا أن يقال وجه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه ان لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمال أن يبقى ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشتري فلا يحتاج إلى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم يبعد أن يكون مدار الحكم الشرعي فتدبر وفسرناج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف بوقت الصرف إلى حاجة نفسه (أقول) هذا هو الظاهر ولكن فيه أيضا شيء وهو أن الصرف إلى حاجة نفسه انما يجوز رأسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى أنه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البته فلم يكن وجه لترديد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب ما لا تصدق عنه له ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه اذ غناه بعد أن صرفها إلى حاجة نفسه لو أصاب مالا الخ اللهم إلا أن يقال يجوز أن يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السيل فتأمل (قوله فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها) أقول في عبارة المصنف ههنا تسامح لان حاصلها يؤل إلى أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى نفسه وإلى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها نفس ما في الكتاب وقوله ونقد منها أمر مغاير له ولا معنى للقول بأن في الشيء إشارة إلى نفسه وإلى غيره كما لا يخفى فالظاهر أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا أشار اليها ونقد منها اذ حيث لا يلزم المذهب المذكور وتظهر المقابلة بقوله بعد وأما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها أو أشار إلى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة ثم ان ما أخذ قول المصنف ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة إلى قوله وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولفظه اذا أشار اليها ونقد منها يدل

التصدق (وان اشترى بالالف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعما ما فأكاه لم يتصدق بشيء) بل برده عليه مثل ما عصب (في قول قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصرف لم يظهر الربح

قال المصنف (لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده لا لقوله بكل حال ولا للمجموع كما لا يخفى



**فصل** لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكراً يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها ) قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار العنب زيباً بنفسه أو خلا أو الرطب عراً فان المالك فيه بالخيار أن شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا

غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الخطئة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الخطئة كجعلها ريسة وكسكا ونشأ وبذر وغيرها يزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناولها اذا طحنت صارت تسمى دقيقاً لا خطئة ومثل ذلك بقوله (كن غصب شاة وذبحها وشواها أو طحنها) وفيه إشارة الى أن الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطحن بمنزلة طحن الخطئة والامثلة كلها تدل على أنه لا بد للغاصب فيه من فعل (قوله وهذا كله) يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمنه (عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

**فصل** فيما يتغير بعمل الغاصب قال (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كن غصب شاة وذبحها وشواها أو طحنها أو حنطة فطحنها أو حديد فاقطعته مسية أو صفر فافعله آنية) وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

قول المصنف اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هنالك وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها تصدق بالرجح وظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا اشار اليها ونقد منها وكان الكرخي يقول في المسئلة ان ذلك على أوجه اما ان يشترى بها وينقد منها واما ان يشترى بها وينقد من غيرها واما ان يطلق اطلاقاً وينقد منها أو يشترى بها وينقد منها وفي كل ذلك يطيب إلا أن يشترى بها وينقد منها فان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها إلا أن يتأكد بالنقد منها قال مشايخنا بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشتري قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الرجح بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ نخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشايخنا الفتوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا لخرج عن الناس وعلى هذا انقرر رأي الصدر الشهيد ونسب الامعة السرخسي

**فصل** فيما يتغير بعمل الغاصب قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكراً يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله اه (أقول) فيه كلام أما أولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضاً لاصل الغصب إلا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب اصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين كما تقر فيما مر فلم يكن رد المثل أو القيمة إلا بعد هلاك العين حكم الغصب إلا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتأخير أخرى منه وأما فانه افلا أن كون ما يزول به ملك المالك عارضاً انما يقتضي استحقة اقله لا خيره لا لفصله عما قبله بأن يورث في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكأن صاحب الغاية تداركه حيث قال لانه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقرير بانه اذا المقصود بيان وجه ذكراً يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لبيان وجه مجرد ذكره متأخراً عما قبله (قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها ) قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار العنب زيباً بنفسه أو خلا أو الرطب عراً فان المالك فيه بالخيار أن شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الخطئة اذا

**فصل** فيما يتغير بعمل

الغاصب (قوله والظاهر أنه تأكيدي لان قوله زوال اسمها يتناول الخ) أقول فيه أن الشاة اذا أربت بعد ذبحها وولجها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيجي من الشارح فالاولى أن يقال قوله وعظم منافعها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها وأربها فأنامل قال المصنف (وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك) أقول الاظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابل لما روى عن أبي يوسف فانيا فان فيه لا ينقطع حق المالك أيضا نعم ينبغي أن يكون المراد بحق المالك ملكه

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا (إذا الدقيق عين الخنطة من وجهه لأن عمل الطحن في تفرق الأجزاء لا في أحداث ما لم يكن موجودا وتفرق الأجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب ألا ترى أن الربا يجري بينهم ولا يجري الربا بالاعتبار المجانسة (وعند الشافعي يضمه) لأن على أصله تضمه النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز وهو رواية عن أبي يوسف (وعنه أنه يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه (٣٧٦) حقه (لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) (قوله وللشافعي) عطف على قوله

لأنه يؤدي إلى الربا وتقريره أن بقاء العين المغصوب بوجوب بقاءه على ملك المالك لأن الواجب الأصلي في الغصب رد العين عند قيامه ولو لا بقاءه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باقية فيبقى على ملكه (وتتبعه الصنعة) الحادثة لأنها تابعة للأصل (كما إذا هبت الريح في الخنطة وألقته في طاحونة فطحنت) فإن الدقيق يكون لملك الخنطة كذلك هذا فإن قيل فعمل فاسد لأنه يخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به أجاب بقوله (ولا معتبر بفعله) لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الأصول أن الفعل المحظور لا يصلح سببا لأنه عدم الفعل أصلا (وحينئذ صارت صورة النزاع كالمتشهد به لا محالة) (وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وأزبها) أي جعلها أعضاء وأعضاء الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظورا (ولأنه أحدث صنعة متقومة) لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيئا وكذلك قيمة الخنطة تزداد بجعلها دقيقا (واحدتها أصير) جنس (حق المالك هالكاً من وجهه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد ضمان

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا وعند الشافعي يضمه وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته للشافعي أن العين باقية فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الخنطة وألقته في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلقها وأزبها ولأنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكاً من وجهه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد

غصبها وطحنتها فإن المقاصد المتعلقة بعين الخنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشأ وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر أنه تأكيده لأن قوله زال اسمها يتناولها فإذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا خنطة إلى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر فإن كون قيد وعظم منافعها في هذه المسئلة مذكورا لمجرد التأكيده مع وقوعه في عبارات عامة المعنويات من المطولات والمختصرات على الأثر ادب بعيد جدا لا تقبله الطباع السليمة فالجمل عليه من ضيق العطن والصواب أنه احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها وأزبها فإنه لا يزول بالذبح والتأريب ملك مالكتها كما سيأتي في الكتاب مع أنه زال اسمها بعد التأريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحمة كما سيأتي التصريح به في عامة الشروح حتى العناية بنفسها ولهذا لم يزل ملك مالكتها عن تأديده (قوله غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده) قال بعض الفضلاء الظاهر أن المراد نقصان القيمة (أقول) ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف فيما سألنا أنه أحدث صنعة متقومة لأن قيمة الخنطة تزداد بجعلها دقيقا وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها فإذا أزداد قيمة الخنطة بجعلها دقيقا فأن يتصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر أن المراد نقصان الوصف كما إذا عفت وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال لأن الدقيق عين الخنطة من وجهه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الخنطة فيه جريان الربا بينهم ولا يجري الربا إلا باعتبار المجانسة وقال فلما ثبتت المجانسة بين الخنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ عين الخنطة ولو أخذ عين الخنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لأنه نقصان صفتها بسبب العقوبة لادائه إلى الربا على ما مر فكذلك ههنا اه اللهم إلا أن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لأن نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثله إضافة النقصان إلى الوصف لا إلى القيمة كما لا يخفى (قوله للشافعي أن العين باقية) قال صاحب العناية قوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا (أقول) ليس هذا بسبب عدم وجوده وجوده ههنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلا ولو سلم وجودها فالظاهر أنها لا بد أن تكون كانت للعطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا بالزم الفصل بين المذمومين بكلام أجنبى وهو قوله وعند الشافعي يضمه وقوله وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ ولا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه معزول عن شأن صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم أن يكون تعبلا لعدم جواز

الخنطة تزداد بجعلها دقيقا (واحدتها أصير) جنس (حق المالك هالكاً من وجهه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد ضمان

قال المصنف (غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده) أقول الظاهر أن المراد نقصان القيمة (قوله لكنه يباع في دينه) أقول قوله لكنه ليس في محله والظاهر أن يقال في بيعه (قوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا) أقول فيلزم أن يكون تعبلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلف وليس الواو في نسخنا موجود وهو الأ صوب

وحقه أى حق الغاصب ( فى الصنعة قائم من كل وجه ) وما هو قائم من كل وجه مرجع على الهالك من وجه على ما عرف فى الأصول من قولهم اذا تعارض ضربا ترجيح كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشئ والطبع لان الصنعة قائمة بذاتهما من كل وجه والعين هالكه من وجه ( قوله ولا يجعله سببا للملك من حيث هو محذور ) جواب عن قوله ولا معتبر بقوله لانه محذور وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محذور وجهة أحداث صنعة منقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله ( بخلاف الشاة ) جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التاريب ولا يقال شاة مارة وبه بل يقال لحم ماروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك إلا أنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح ( ٣٧٧ ) جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه

المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل بتبدل العين بخلاف الطبخ بعده لانه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها ( قوله وهذا الوجه ) أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق الملك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا نفيزه أو غزلا فنسجه أو فطنا فغزله أو سمسمما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم وأما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصر لم ينقطع وكان بالخيار على ما سيجى لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه وقوله ( لا يجعله ) ظاهر

وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فيترجع على الأصل الذى هو قائم من وجه ولا يجعله سببا للملك من حيث انه محذور بل من حيث انه أحداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يجعله الانتفاع بها حتى يودى بدائها استحسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبى حنيفة رحمه الله ورواه الفقيه أبو الليث ووجهه نبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز ضمان النقصان عند أبى يوسف - ذاك خلاف اه ( أقول ) ليس هذا بشئ لأن معنى قوله للشافعى أن العين باقية أن له فى اثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعى عطف على قوله لانه يودى الى الربا لأن له فى اثبات مذهب أبى يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعديلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبى يوسف كيف ولولزم ما توهمه من المحذور ههنا لزم ذلك فى كل موضع الخلاف يقال فيه عند إقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا اذ لا شك أن المذكور ثانياً وثالثاً تلك الأدلة بالواو معطوف على الاول مع أن مدعى كل واحد منها بخلاف الآخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا أنه أحدث صنعة منقومة فانه معطوف قطعاً على قوله للشافعى أن العين باقية مع أنه ليس بتعليل لما علة الشافعى بل لرب فالوجه فى صحة العطف فى أمثال ذلك كلها أن المعنى أن له فى اثبات مذهبه كذا ولنا فى اثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه أصلاً فاحفظ هذا فانه ينفعك فى مواضع شتى ( قوله بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ ) هذا جواب عن قول الشافعى وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأزبها وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب وعلى وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التاريب ولا يقال شاة مارة وبه بل يقال لحم ماروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجيب بأنه كذلك إلا أنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل بتبدل العين كذا فى العناية وغيرها ( أقول )

( ٤٨ - تكمله سابع ) وقوله ( ووجهه ) أى وجه القياس ( أن نبوت الملك مطلق للتصرف ) يعنى أن الملك قد ثبت

لغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره ( ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز ) ( قوله وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه ) أقول قال كل الدين أى حق الغاصب انتهى لكن الظاهر أن يقول والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه العدول ( قوله كان الرجحان فى الذات أحق منه فى الحال ) أقول قوله فى الذات أى فى الوجود وقوله فى الحال أى البقاء والضمير فى قوله منه راجع الى الرجحان قال المصنف ( ولا يجعله سببا للملك ) أقول أى لا يجعله الصفة بتأويل الفعل أو على اعتبار المفعول الثانى ( قوله وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل ) أقول لا يظهر أن يقال جهة كونه تصرفاً فى ملك غيره على سبيل العدول والافتقار بتبدل المالك حصل بالنقل فيكون تحصيل المالك الآن يقال يتأكد بذلك التفويت وكان على شرف السقوط ( قوله باق كما تقدم ) أقول فى أول الفصل وفى باب الربا أيضاً ( قوله بل يقال لحم ماروب ) أقول الظاهر ماروب أو مؤروب



وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم (٣٧٨) كان في ضيافة أنصاري فقدم إليه شاة مملوكة أي مشوية فأخذ منها القمة

فجعل يلو كها ولا يبيعها فقال عليه الصلاة والسلام انها تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الأنصاري كانت شاة أخي ولو كانت أعز مني هذا لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع فقال عليه الصلاة والسلام أطعموها الأنصاري قال محمد رحمه الله يعني المحبسين فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوماً بأن الغاصب قد ملكها لأن مال الغير يحفظ عليه عينه إذا أمكن وغنه بمدا البيع إذا عذر عليه حفظ عينه ولم بأس بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الرضا (قوله ولان في اباحة الانتفاع دليل مفعول) وهو ظاهر وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله (وهذا الوهبه) وتقريره أن نفاذ ذلك لقيام المالك وذلك لا يتلزم الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله (واذا أدى البذل) راجع إلى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح وقوله (أوضحه الحاكم) يعني إذا كان مال اليتيم وقوله (بخلاف ما تقدم) إشارة إلى قوله كن غصب شاة

وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الأنصاري أفاد الأمر بالتصدق بزوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الرضا ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فحرم قبل الرضا جسم المذبة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام المالك كما في الملك الفاسد وإذا أدى البذل يباح له لأن حق المالك صار موفى بالبذل فحصلت مبادلة بالرضا وكذا إذا أبرأه لقوط حقه به وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيها قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما وأصله ما تقدم

الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيما ذكره جواباً عما استشهد به الشافعي من مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسلبها وتأريها فإنه علل المخالفة بينهما وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والبيع فورد عليه قطعاً أن يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التأريب فلم تحقق المخالفة بينهما وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف جواباً عما استشهد به الشافعي نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصوراً أجاب به المصنف عنه ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقرير (قوله وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه) في المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أو ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهم فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم يحتمل أن يكون للغصوب منه من كان القاضى ولياً له أو أن يكون المراد منه فضي بالضمان بدليل قوله لانه لا يقضي الا بطلبه اه واختارناج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله أو ضمنه الحاكم بأن كان الغصوب مال اليتيم أو الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني إذا كان مال اليتيم (أقول) بردي على الاحتمال الاول أن قول المصنف في التعليل لانه لا يقضي الا بطلبه غير مساعد لذلك لأن من كان القاضى ولياً له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضى له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما إذا كان اليتيم صغيراً جذاً وكذا إذا كان الغائب بعيداً غير عالم بالقضية أصلاً ويرد على الاحتمال الثاني أن قول المصنف قبل هذا وكذا إذا أدى بالقضاء بأي ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن أن يجاب عن الاول أن طلب القاضى في حكم طلب من كان القاضى ولياً له لكونه نائباً عنه فكان القضاء هناك أيضاً بطلب الغصوب منه حكماً وعن الثاني بأنه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم فضي بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البذل من الغاصب والمراد بقوله قبيل ذلك وكذا إذا أدى بالقضاء أداء البذل بالقضاء فافتراقاً ولا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضياعاً على مقدار من الضمان اه (أقول) بردي عليه أيضاً أن قول المصنف فيما قبله وإذا أدى البذل يباح يعني عن هذا المعنى لان أداء الغاصب البذل يستلزم أخذ الغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستدركاً ويمكن أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمن المالك أخذ الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق أخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبله وإذا أدى البذل أداءه برضاه دون مطلق الأداء

وذبها وشواها أو طبخها أو حنطة قطعها أو حديدًا فخذ منها سيفاً وقوله (وأصله ما تقدم) إشارة إلى ما ذكر قبله والا هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان

قال (وان غصب فضة أو ذهباً) اذا غصب فضة أو ذهباً فضر بهادراهم أو دنائراً أو أنية لم يزل ملك مالها عندها عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شيء للغاصب وقال مالكها الغاصب وعليه مثله لانه أحدث صنعة معتبرة متقومة صيراحداً لها حق المالك هالكاً من وجهه ألا ترى أنه كسر وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرأوه ولا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وبعد ما ضرب به صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرأوة فضة وذهباً وبعد دراهم ودنانير ومثل ذلك ينقطع حق المالك كما تقدم ولا يبي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجهه ألا ترى أن الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي التمنية وكونه موزوناً وواجباً بالربا وجوب الزكاة كذلك وان كان (٣٧٩) كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله)

وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لا يصلح الخ وتفسيره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لانه هلك العين بهامن وجهه وقوله (وكذا الصنعة) جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة متقومة ومعناه أنها غير متقومة في جميع الاحوال لانها لا قيمة لها عند المقابلة بحسنها وانما تقوم عند المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا وذلك لاننا لو أوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغاً وان وجدته صاحبه مكسوراً ففرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه هاد

قال (وان غصب فضة أو ذهباً فضر بهادراهم أو دنائراً أو أنية لم يزل ملك مالها عندها عند أبي حنيفة فيأخذها ولا شيء للغاصب وقال مالكها الغاصب وعليه مثله) لانه أحدث صنعة معتبرة صيرحق المالك هالكاً من وجهه ألا ترى أنه كسر وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باقية من كل وجهه ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الاصل التمنية وكونه موزوناً وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً لانه لا قيمة لها عند المقابلة بحسنها قال (ومن غصب ساجدة فبني عليها زال ملك مالها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعي للمالك أخذها والوجه من الجانبين قد مناه

والا يلزم استدراكه قوله وكذا اذا أدى بالقضاء وأداءه برضاه انما يستلزم أخذ الضمان برضاه دون أخذه بغير رضاه فلا استدراكه بقى الكلام في قول صاحب الكفاية أو تراضي على مقدار من الضمان فانه يقتضى الاستدراك اذا التراضي قد كان معتبراً في قول المصنف واذا أدى البديل بباح كما يدل عليه تعليقه هناك بقوله لان حق المالك صار موفى بالبديل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن أن يجاب عنه أيضاً بأن المراد ههنا التراضي على مقدار من الضمان أى على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الجنبية وان دفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن جعل قول المصنف أو ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ جذاً ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلاً وقال تاج الشريعة في تفسيره قوله أو ضمنه المالك أى طلب المالك من الغاصب الضمان بحل الانتفاع قبل أداء الضمان اه وافتنى أثره الشارح العيني (أقول) فيه أيضاً بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتأمل (قوله ومن غصب ساجدة فبني عليها زال ملك مالها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر في الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة وأما اذا كانت قيمة الساجدة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالها عنها اه قال صاحب العناية بعد نقل ما في الذخيرة وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت في قوله وجهه آخر لنا فيه اه (أقول) لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجهه ذلك بالتأمل في قوله وجهه آخر لنا فيه لان حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهب اليه ضرر مجبور بالقيمة ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الا على عند امكان

اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجهه دون وجهه فلا يصلح لا بطلان حق ثابت من كل وجهه (ومن غصب ساجدة) بالجيم وهي الخشبية العظيمة لان الساجدة بالحاء ستأتي بعد هذا (فبني عليها زال ملك مالها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وذكر في الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة وأما اذا كانت قيمة الساجدة أكثر من البناء فلم يزل ملك مالها عنها وسيظهر لك وجه ذلك ان تأملت في قوله وجهه آخر لنا فيه (وقال الشافعي رحمه الله للمالك أخذها والوجه من الجانبين قد مناه) يعني في أول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ

قال المصنف (ومن غصب ساجدة) أقول هو أول مسألة خالف فيها الشافعي أصحابنا رحمه الله كذا في يواقيت العلوم للإمام الرازي (قوله في قوله وجهه آخر لنا فيه) أقول يعني في الجواب الذي ذكر فيه عن السؤال

(ووجه آخر لنافيه) أي في تعليل (٣٨٠) هذه المسئلة (أن فيما ذهب اليه) الشافعي (أضرار بالغاصب بنقض بنائه

الحاصل من غير خلف  
 وضرر المالك فيما ذهبنا  
 اليه مجبور بالقيمة فصار  
 كما اذا خاط بالخيط المغصوب  
 بطن جاريته أو أدخل  
 اللوح المغصوب في سفينة  
 والسفينة مع من عليها في  
 بحيرة البحر ليس للمالك أن  
 ينزع لوحه منها وانما قدنا  
 بذلك لانها اذا كانت واقفة  
 كان له أن ينزع عنه  
 فلا يصلح للاستشهاد فان  
 قبل عدم جواز نزع الخيط  
 واللوح عنده من حيث أن  
 فيه تلف الناس لان المالك  
 ملك ذلك بما صنع فلا يصلح  
 للاستشهاد لاختلاف  
 المناط قلنا ثبت في كل  
 واحدة منهم ما حق المالك  
 وغيره وجعل حق غيره  
 أولى لان باطلاله زيادة ضرر  
 بالنسبة الى ضرر المالك  
 فكانت متساويتين (ثم قال  
 الكرخي والفقهاء أبو جعفر  
 رحمه الله انما لا ينقض  
 اذابني في حوالى الساجنة  
 لانه غير متعد في البناء وأما  
 اذابني على الساجنة بنقض  
 لانه متعد فيه)

(قوله قلنا ثبت في كل واحدة  
 منهم ما حق المالك وغيره)  
 أقول أي من العلتين أعني  
 التلف وتلك الغصب (قوله  
 وجعل حق غيره أولى الخ)  
 أقول كيف يقاس ذلك ولو  
 كان البناء والساجنة كلاهما

ووجه آخر لنافيه أن فيما ذهب اليه أضرار بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك  
 فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح  
 المغصوب في سفينة ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر انما لا ينقض اذابني في حوالى الساجنة أما اذابني  
 على نفس الساجنة بنقض لانه متعد فيه

العمل بالضرر الأدنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء  
 أكثر من قيمة الساجنة وبين العكس اذ لا شك أن الضرر المحض أشد وأنقل من الضرر المجهور وعلى  
 كل حال فلا بد أن يتحمل الثاني لدفع الاول على كل حال عملاً باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة  
 المقررة وانما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة فانما هو أقل قيمة حينئذ  
 يكون أخف وأيسر تحملاً وليس فليس \* ثم أقول لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله والوجه من  
 الجانبين قد مناه فان ما قدمه من جانبها هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك  
 هالكاً ولا شك أن قيمة البناء اذا كانت أكثر من قيمة الساجنة كان البناء غالباً على الساجنة فيصح اذذاك  
 أن يقال ان الغاصب أحدث صنعة متقومة صير احداً لها حق المالك هالكاً من وجه لظهور صحة  
 تصيير الغالب المغلوب هالكاً من وجهه وأما اذا كانت قيمة الساجنة أكثر من قيمة البناء فانما تكون  
 الساجنة غالباً على البناء فليس كذلك ان يقال انه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكاً  
 من وجهه اذ تصيير المغلوب الغالب هالكاً غير ظاهر تأمل تفهم (قوله ووجه آخر لنافيه أن فيما  
 ذهب اليه أضرار بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور  
 بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعي رضي الله تعالى عنه أضرار بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا  
 أضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلافوات وضرر  
 الغاصب ليس مجبور بشئ فيفوت حقه لا الى خلف فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب  
 كذا في غاية البيان (أقول) لقائل أن يقول يشك في هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساجنة  
 بالحاء المهملة فبني عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه  
 هناك أيضاً كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور  
 في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده  
 أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة) قال في العناية فان قبل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من  
 حيث أن فيه تلف الناس لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا  
 ثبت في كل واحدة منهم ما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لان باطلاله زيادة ضرر  
 بالمالك فكانت متساويتين اه ورد عليه بعض الفضلاء بأن قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء  
 والساجنة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساجنة من تحته بخلاف اللوح والسفينة  
 والخيط والجارية فانها لو كانت للمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليستأمل اه (أقول) ليس  
 ذلك بشئ اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الأحوال بل يكفي  
 اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وههنا كذلك فان العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير  
 المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق في المقيس أيضاً لارب على أنه لو كان البناء والساجنة كلاهما  
 لشخص واحد صار عزلاً عما نحن فيه اذ لا يتحقق الغصب هناك ولا يكون صاحب البناء متصرفاً في  
 ملك الغير حينئذ فلا يكون داخل فيما وقع مقيساً ههنا ولا يتحقق فيه العلة المعتبرة في المقيس عليه وهي

لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساجنة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها  
 لو كانت للمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليستأمل



قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني قوله فبني عليها (برذلك وهو الاصح) قبل لانه تغير عما كان عليه لان الساحة قبل البناء عليهم اتصلح للاحراق تحت القدر ولا بواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشي من ذلك الا بالنقض والتغيير ويوجب انقطاع حق المالك قال (ومن ذبح شاة غيره بغير امره فالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزر وهو ما أعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم (٣٨١) أن غاصبه يجب أن يستحق أجر وكذلك الجزر وهو ما أعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم (٣٨١) أن غاصبه يجب أن يستحق أجر

المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لان نقصانها حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع يدهما أي رد الشاة والجزر وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن لا يضمنه شيأ يعني في ذبح الشاة لان الذبح والبيع في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالحرق الفاحش في الثوب

وجواب الكتاب بذلك وهو الاصح قال (ومن ذبح شاة غيره فالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزر وكذا اذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية ووجهه أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالحرق الفاحش في الثوب

لحق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب بذلك) قال صاحب غايه البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب بذلك أي جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي نظرا لان القدوري يروي عن أبي عبد الله الجرجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي فكيف يرد مجرد جواب القدوري قول الكرخي وسند روايته اليه نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم باقامة الدليل أما مجرد الرواية فلا اه كلامه (أقول) نظره ساقط لانه ان أراد أن استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصرة أو في المسئلة التي نحن بصدد ها الى الكرخي فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي وكان أبو الحسن الكرخي يقول المسئلة موضوعة على أنه بني على حوالى الساحة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض وأما اذا بني على نفس الساحة ينقض بناؤه لانه تعدى فيه وكان الهنداوي يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فبين غصب درهم ما جعله عروة من زيادة سقط حق مالكة والفضة لا يسقط حق مالكة فيها بالصباغة وانما اسقطه بكونه تابعة للزيادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدى فدل على أن المسئلة على اطلاقها وأنه لاحق للمالك في الساحة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك أن ما نقله عن القدوري صريح في أن القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقيد بأن بني على حوالى الساحة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين أن رواية القدوري هذه المسئلة بأن قال فبني عليها لا يستند الى الكرخي بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان أراد أن استناد رواية القدوري في أكثر المسائل الى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيأ فان الكلام في مسئلة الساحة وهو في روايته يخالف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزر) وهو ما أعد للذبح من الأبل من الجزر وهو القطع يقع على الذكرو الانثى وهي تؤثث كذا قالوا وانما ذكر الجزر بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحيتها الدر والنسل والجزر هي التي أعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين ههنا فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المنسل من جزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لانقصانها كما اذا غصب ثوبا فصبغه أجز حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار أخذ الثوب ليكون صبغ الحرة

(قوله وجواب الكتاب الى

قوله قبل لانه تغير الخ) أقول قبل يرد عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساحة بحالها غابته أن البناء عليه ممانع عن ذلك كالبناء على الساحة فانها تصلح للزراعة بحالها والبناء ممانع كما نص عليه فليتامل (قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فله لولم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر فالأولى طي فضة استحقاق أجر المثل من البين ويقول بده ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمته وجود الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده  
 بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم ما كوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء  
 ضمنه نقصانها فدل على أنهم في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين  
 القيمة بلا خيار فيها بمعنى في ما كول اللحم وغير مأكول اذا قطع طرفه فكان فائدة كره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما  
 أنه لو كان كذلك لكتفى أن يقول (٣٨٣) وكذلك اذا كانت غير مأكول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم

بين قطع طرف ما كول  
 اللحم وغير مأكول حيث  
 قال في الاول انه انلاف  
 من وجه وفي الثاني لوجود  
 الاستهلاك من كل وجه  
 والظاهر من كلامه نفي  
 اختيار المالك بين تضمين  
 قيمتها وبين امساك الجثة  
 وتضمين نقصانها ويكون  
 ذلك اختيارا منه وان كان  
 نقل الكتب على خلافه  
 فانه ذكر في الذخيرة والمغني  
 فقال وفي المنتقى هشام عن  
 محمد رحمه الله رجل قطع  
 يد جمار أو رجله وكان لما  
 بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ  
 النقصان (قوله بخلاف  
 قطع طرف العبد المملوك)  
 متعلق بقوله للمالك أن  
 يضمه جميع القيمة وحاصل  
 الفرق بين الآدمي وغيره  
 أن الآدمي بقطع طرف  
 منه لا يصير مستهلكا من  
 كل وجه بخلاف الدابة فانها  
 بعد ذلك لا ينتفع بها بما  
 هو المقصود بهما من الحمل  
 والركوب وغير ذلك قال  
 (ومن خرق ثوب غيره)  
 اختلف الناس في الحد

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمته وجود الاستهلاك  
 من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذ مع أرش المقطوع لأن الآدمي يبقى منتفعا به  
 بعد قطع الطرف قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب للمالك) لأن العين  
 قائم من كل وجه وانما يدخله عيب فيضمنه (وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فللمالك أن  
 يضمه جميع قيمته) لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه أحرقه قال رضي الله عنه معناه بترك  
 الثوب عليه وأن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجهه من حيث ان العين باقية  
 وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع

زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لأن نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان  
 للمالك الخيار لانه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الاسمان وتبقيتها الى  
 زمان ليحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومراج الدراية وأفاد صاحب العناية خلاصة هذا  
 المعنى بعبارة أخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل  
 لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لانقصانها حيث أعتد للجزر غيره مطلوب  
 منه الدر والنسل وذلك لأن نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون  
 له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك اه كلامه ورد  
 عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل  
 حيث قال لا مجال له هذا التوهم أصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر وقال فالاولى  
 طى قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بطله ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا اه (أقول) ان قوله  
 لا مجال لهذا التوهم أصلا تحكم وقوله لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر غير مسلم فانه  
 اذا لم يكن متبرعا لما زاده الصبغ فيما اذا أخذ ثوب غيره فصبغه أجربل ضمنه للمالك اذا اختار أخذ  
 الثوب كما سيأتي فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعا لما زاده الذبح فيما اذا ذبح جزور غيره بل استحق أجر المثل  
 بناء على أنه حقق مقصود المالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا لاجتهاد فلا أقل من أن يكون  
 منشا للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فأشار المصنف الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد  
 الشراح ههنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك  
 أن يضمه جميع قيمته الوجود الاستهلاك من كل وجه) قال صاحب العناية قيل ليس لتقييده  
 بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم ما كوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على  
 قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على أنهم في الحكم سواء ومن  
 الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار

الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش  
 وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وأشار في القدوري الى  
 أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قبل معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الشباب بأن لا يصلح لثوب ما

(قوله قيل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول ان  
 كان المراد ببعض الشارحين العلامة الاتقاني فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهي النظر وان شئت فراجع

قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قيل يعني من حيث الظاهر والغالب إذا الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه (وجنس المنفعة) يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه (واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان) يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وإنما كان ذلك صحيحاً دون غيره (لأن محمد رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصاً فاحشاً) فقال وإذا غصب ثوباً فقطعه فبطلت قيمته لأنه بعد ما قطع قيمته لا يصلح للقميص وإن كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك أن الفاتت به بعض المنافع لأنه بعد ما قطع قيمته لا يصلح للقميص وإن كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط من القيمة أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشاً وإذا عرف هذا فنحن نرى أن ثوب غيره خرقاً ليسيراً ضمن نقصانه والثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وأما دخله عيب فيضمنه وإن خرقه خرقاً كبيراً فللمالك أن يضمنه جميع قيمته (٣٨٣)

ويترك الثوب عليه لأنه استهلاك من هذا الوجه فإنه قبل القطع كان صالحاً لا يتخذ القباء والقميص بعده لم يبق ذلك فكان مستهلكاً من وجهه فإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعيب من وجه من حيث أن العين باقية وكذا بعض المنافع قائم فيميل إلى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة أو إلى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع ووضع المسئلة بلفظ الثوب إشارة إلى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس قال (ومن غصب أرضاً) كلامه واضح لا يحتاج إلى شرح لكن كان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي رحمه الله أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلاً فقال إن كانت قيمة الساحة

والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان لأن محمد جعل في الأصل قطع الثوب نقصاً فاحشاً والفاتت به بعض المنافع قال (ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قبل له أقطع البناء والغرس وردها)

ففيه ما يعني في ما كول اللحم وغيره كوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك إذا كانت غيراً كول اللحم والثاني أن التعديل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ما كول اللحم وغيره كوله حيث قال في الأول أنه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه إلى هنا لفظ العناية اه (أقول) القائل بعدم فائدة التقييد بغيره كول اللحم إنما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وأما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان إذ لم يقل أحدهم من الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية إلا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية أيضاً فإن عين عبارته هكذا هذا الفرق بين ما كول اللحم وغيره كول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيها بلا خيار وقد مر من قبل هذا اه ولا يخفى على ذي مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية لأن مدار ورودهما على جعل مراد المصنف على تسوية ما كول اللحم وغيره كوله في الحكم وعبارة صاحب الغاية تنادي على جعل مراده على الفرق بينهما ما حيث قال هذا الفرق بين ما كول اللحم وغيره كول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية تبهر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف نفى خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين أمساك الخسرة وتضمن نقصانها أو يكون ذلك اختياراً منه وإن كان نقل الكتب على خلافه فإنه ذكر في الذخيرة والمعنى فقال وفي المنتقى هشام عن محمد بن رجل قطع يد جار أو رجلاه وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان اه كلامه (أقول) لما منع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة لأن ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الأمساك وأخذ النقصان فيما إذا قطع طرفاً من غير ما كول اللحم مقيد بأن كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما إذا لم يكن لما بعد قطع

أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها قالوا اه إذا قرب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في أوثة سقطت من يد إنسان فأبطلتهما دجاجة إنسان يتظر إلى قيمة الدجاجة والأوثة فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخبر صاحب الأوثة إن شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لملكها وإن شاء ترك الأوثة وضمن صاحب الدجاجة قيمة الأوثة وكذا إذا دخل قرن الساة في قدر الباقلائي وتعدرا خراجه ينظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في تلف أيهما شاء وله أمثال غير ما ذكرنا

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه) أقول أي يؤمر صاحب الآخر بقيمة الأمر بخيري والضمير في قوله إلى صاحبه راجع إلى الآخر



لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تنصر  
مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل طرف  
غيره بطعامه (فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس  
مما لو طاروا بكونان له) لان فيه تظارهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقاولا معناه قيمة بناء أو شجر  
يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فيه فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجرا أو بناء  
اصحاب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فقلته  
بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء أخذهما  
وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع  
الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بقى فيها لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لأن  
التمييز متعذر

الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه  
فيما اذا كان لما بقى بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصيرها الكامن وجهه دون وجه  
وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف ولو كانت الدابة غيرة ما كول الأعم  
فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمته أي الواجب هنا جميع القيمة اذ لم يكن للدابة منفعة  
بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما اذا كان لما بقى قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان  
ونقل ما في المتن من رواية هشام عن محمد بن جهم الله (قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم  
حق) صححه في المغرب بتقوين عرق حيث قال أي الذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على  
وجه الاغتصاب ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبها مجازا وقد روى بالاضافة ليس  
لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكر في المغرب شي وهو أنه  
قد روي المضاف أولا حيث قال أي الذي عرق ظالم وجهه لوصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا وبين ما تنافر  
لانه اذا قدر المضاف بصير ظالم صفة له لالعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك دار حرم  
محرم منه عتق عليه ان قوله محرم صفة ذابحها لغيره فيتم معنى الكلام على حقيقة فله فلا يكون للصبر الى  
التجوز وجهه وعن هذا ذكر الخشري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق  
بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أي الذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى  
لأن هناك مضافا محذوفاه مضافا لبقول بعض الفضلاء ولا مجال لكون ظالم نعتا الذي لانه معرفة اه  
(أقول) هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب فان الذي بمعنى صاحب لا يكون الا مضافا ويكون نكرة  
ان أضيف الى نكرة ومعرفة ان أضيف الى معرفة وعن هذا قال الجوهري في الصحاح وأما الذي بمعنى  
صاحب فلا يكون الا مضافا فان وصفت به نكرة أضيفته الى نكرة وان وصفت به معرفة أضيفته  
الى الالف واللام ولا يجوز أن تضيفه الى مضمرة ولا الى زيد وما أشبهه اه ولا ريب أن المضاف اليه الذي  
فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا  
لذي لانه معرفة وكان وجهه ذهب الى ذي التي هي مؤنث ذامن أسماء الاشارة التي هي من أنواع  
المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبرة وكل صارم نبوة (قوله ولان ملك صاحب الارض باق  
فان الارض لم تنصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول لتوهم أن يتوهم أن قوله في  
التعليق والغصب لا يتحقق فيها ينافي وضع المسألة في الغصب بأن قال ومن غصب أرضا فغرس فيها  
أوبى فالجواب أن المراد بالغصب المذكور في وضع المسألة هو معناه اللغوي وبالغصب المتني تحققه  
في الارض في أثناء التعليل هو معناه الشرعي على أصل أئمتنا فلا منافاة وقال صاحب غاية البيان قدم

وقوله عليه الصلاة والسلام  
ليس لعرق ظالم حق صححه  
في المغرب بتقوين عرق  
أي الذي عرق ظالم وهو  
الذي يغرس في الارض  
غرسا على وجه الاغتصاب  
ليستوجبها وصف العرق  
بالظلم الذي هو صفة صاحبه  
مجازا وقد روى بالاضافة  
أي ليس لعرق غاصب  
ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله  
(فتقوم الارض الخ) يعتبر  
قيمة الارض بدون الشجر  
عشرة دنانير مثلا ومع  
الشجر المستحق قلعه خمسة  
عشر يضمن صاحب الارض  
خمس دنانير للغاصب فيسلم  
الارض والشجر لصاحب  
الارض وكذا البناء (قوله  
ومن غصب ثوبا الخ) ظاهر  
وقوله (اعتبارا بفصل  
الساحة) يعني كما أن في  
فصل الساحة يؤمر بالقلع  
اذا لم تنضر الارض به فكذلك  
ههنا لان في كل منهما ما  
شغل ملك الغير بملكه  
وقوله (لان التمييز ممكن)  
يعني بالعصر

(قوله وقوله عليه الصلاة  
والسلام ليس لعرق ظالم  
حق صححه في المغرب الى  
قوله بل يؤمر بقلعه) أقول  
ولا مجال لكون ظالم نعتا  
لذي لانه معرفة

وقوله ( ولنا ما بينا ) يعني في مسألة الساجدة بالجسم بقوله ووجه آخر لنا وقوله ( والخيرة لصاحب الثوب ) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ يعني ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب أبيض وبيانه أن تخيير كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافي بينهما وتخير المالك أولى لان الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ ( قال أبو عصمة ) المروزي رحمه الله ( في أصل ( ٣٨٥ ) المسئلة ) يعني في قوله ومن غصب

ثوباً فاصبغه أجراً واحترز  
بهذا القيد عن أن يتوهم  
أن هذا الحكم الذي ذكره  
أبو عصمة متصل بما يليه  
من مسألة الانصباغ وان  
كانت مسألة الانصباغ  
كذلك لكن وقع من أبي  
عصمة في أصل المسئلة  
فقيده بذلك تصحيحاً للنقل  
( وقد ظهر بما ذكرنا ) في  
مسئلة الصبغ والانصباغ  
( الوجه ) يعني جواب  
المسئلة وتعليقها ( في  
السويق ) من حيث الخلط  
والاختلاط بغير فعل  
( غير أن السويق من ذوات  
الامثال فيضمن مثله  
والثوب من ذوات القيم  
فيضمن قيمته وقال في  
الأصل يضمن قيمة السويق  
لان السويق يتفاوت  
بالقلي فلم يبق مثلياً وقيل  
المراد منه ( أي من القيمة  
( المثل سماعه ) أي سمي المثل  
بالقيمة ( لقيامه مقامه ) أي  
لقيام المثل مقام المصوب  
وذ كرا الضمير في منه وبه  
يتأويل ما يقوم ( قوله فعن  
محمد رحمه الله أنه ينظر الخ )

ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف الساجدة بني فيها لان النقض له بعد النقض أما الصبغ فيبتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جنبانية من صاحب الصبغ ايضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ قال أبو عصمة في أصل المسئلة وان شارب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له أن لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأني هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثلياً وقيل المراد منه المثل سماعه لقيامه مقامه والصفرة كالحجرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوباً ببقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحجرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوباً تنقصه الحجرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً ما قراحت بالصبغ الى عشرين فعن محمد أنه يتطرا الى ثوب تزيد فيه الحجرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخسة دراهم لان احدي الخستين جبرت بالصبغ

في أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشابحنا اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدر في قوله واذا غصب عقاراً فهلك لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضاً وقال بعضهم لا يتحقق فيجب عنه بأن يقال لما تصور بصورة الغصب سماعه غصباً كما في قوله تعالى الا ابايس لانه تصور بصورة الملائكة اه كلامه ( أقول ) قد مر منا أيضاً هناك أنه لم يقل أحد من مشايخنا أن الغصب الشرعي يتحقق عند أبي حنيفة وأبي يوسف في العقار ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المصوب في يد الغاصب حكم مقرر لطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد وانما اعتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوي كما قررناه آنفاً فلا وجه لبناء عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضاً على القول بتحقيق الغصب الشرعي في العقار على أنه لو بني عليه لورد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ أن لا يطابق التعليل المعلل وأما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقيق الغصب في العقار بأنه لما كان في صورة الغصب سماعه غصباً فله وجه ولكن فيما ذكرناه من الجمل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى

( ٤٩ - تكمله سابع ) معناه ان نظرا الى ثوب تزيد فيه الحجرة فان كانت الزيادة خمسة مثلاً يأخذ ثوبه وخسة

دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخسة بالخسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله

( قوله قال أبو عصمة المروزي ) أقول هو سعد بن معاذ المروزي تلميذ ابراهيم بن يوسف تلميذ أبي يوسف رحمه الله

**فصل** لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب قال (ومن غصب عينا فغيبها) فالملك بالخيار ان شاء صبر الى ان توجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عند اخلافا للشافعي رحمه الله قال (الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق (ولنا الملك ملك البدل وهو القيمة بكاله) يعني بدلا ورقبة وكل من ملك بدل شي خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن ملك البدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدير ليس كذلك وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب واللام يكن تعديلا للشافعي بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله فانه قال في الاسرار قال علماؤنا رحمه الله الغصب يفسد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي قال شمس الأئمة رحمه الله في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من (٣٨٦) وقت الغصب للغاصب حقيقة وله - ذا لا يملكه الولد ولو كان الغصب هو السبب لكان

**فصل** \* ومن غصب عينا فغيبها فضمنه الملك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدير ولنا أنه ملك البدل بكاله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدير لانه غير قابل للنقل لحق المدير نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن

اذا تم الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشبهة فالغصب عدوان محض والملك - لكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سبباً له فانه مرغوب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وقيل فيه نظراً لانه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند أداء الضمان أنه يوجب مطلقاً بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله (نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء)

**فصل** لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية وذكره صاحب العناية أيضاً عبارة أقصر (أقول) فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هناك عتوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعاً قوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها للغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه الملك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحاً (قوله وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدير ولنا أنه ملك البدل بكاله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية به - شرح كلام المصنف وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب واللام يكن تعديلاً للشافعي بذلك مناسبا اه وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبته لاي مناعته أن يكون وجهاً آخر لنا في الجواب اه (أقول) كيف لاي مناعته مناسبة تعديله وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزيف دليل خصمنا بما هي من المحالة فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبة تعديله لما قلنا بالتزيف به دليله فان قيل قد استغنى المصنف عن تزيف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكاله الخ كما أشار اليه ذلك البعض بقوله فانه أن يكون وجهاً آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكاله الخ لا يصلح جواباً آخر عما قاله

جواب عما يقال لانه لم أن المدير لا يقبل النقل فان مولاه ولو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه - جاز البيع وفسخ الشافعي التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فحينئذ كان البيع مصادفاً للقن لا لأدبر فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق وأما ما نحن فيه فلم يفسخ التدبير والكلام فيه

**فصل** (قوله لما فرغ من كيفية) أقول الظاهر تبديل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول أي بعمل الغاصب (قوله فانه لا يملكه بالاتفاق) أقول لكن التعديل مختلف فعند الشافعي لان الغصب لا يصلح أن يكون سبباً للملك وعندنا لان المدير لا يقبل النقل كما يجيء قال المصنف (والمبدل قابل للنقل) أقول قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله واللام يكن تعديلاً للشافعي بذلك مناسبا) أقول فيه بحث فان عدم مناسبته لاي مناعته أن يكون وجهاً آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول وكذلك في البيع الموقوف عليك مستنداً كما مر في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة



قال ( والقول في القيمة قول الغاصب مع عيینه ) اذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيه اقول الغاصب مع عيینه ( الا ان يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك ) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك ( لانه أثبتته بالحجة الملزمة ) فان عجز عن إقامة البينة وطلب عيّن الغاصب والغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم يقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا رحمه الله ينبغي أن تقبل لاسقاط البين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي الامام أبو علي النسفي رحمه الله يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا البين وبإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا البين والقيمة وبإقامة البينة لم يسقط الا البين فلا يكون في معنى الوديعة وكان المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذكر أوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله في الاصل اذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجي بهما ويردها على صاحبها قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة لانه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفها ووقيتها وانما كان ذلك أصح لاجل الضرورة فان الغاصب يعتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف ( ٣٨٧ ) المغصوب فسقط اعتبار علمهم

بالاوصاف لاجل التعذر وبنيت بشهادتهم فعمل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كنبوته باقراره فيحبس حتى يجي به وعلى هذا الاحتجاج الى تأويل أبي بكر الاعمش وهو ما قال تأويلها أن الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك المدعى في المغصوب والقضاء بالجهول غير ممكن ( فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن ) فأما

قال ( والقول في القيمة قول الغاصب مع عيینه ) لان المالك يدعى الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع عيینه ( الا ان يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك ) لانه أثبتته بالحجة الملزمة قال ( فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن البين فلا خيار للمالك وهو الغاصب ) لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال ( فان كان ضمنه بقول الغاصب مع عيینه فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض ) لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة وأخذ دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لقوات الرضا

الشافعي ولا يندفع به اشكال أن يكون ما هو عدوان محض سببا للملك كما ذكره الشافعي في تعليله فلو لم يكن سبب الملك عندنا والغصب لما تزلزله منع كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الأمر الجلي القاطع عندا مكان التشبث به بمثل ما ذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصيح ما ذهب اليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف ههنا يشير الى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي أبو زيد في الاسرار حيث قال قال علماءنا والغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي عليه ( قوله الا ان يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك ) فان عجز المالك عن إقامة البينة وطلب عيّن الغاصب

أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولا فان كان الاول كالمضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها المالك أو بنكول الغاصب عن البين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كالمضمنه بقول الغاصب مع عيینه فله الخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة فان قبل أخذه القيمة وان كانت فاقصة بدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى ( وأجاب بقوله ) أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره ( ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير ) يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع عيینه ( فكذلك الجواب ) أي فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض ( في ظاهر الرواية ) وقال الكرخي رحمه الله لا خيار له في استرداده لانه يوفر عليه بدل ملكه بكماله ( وهو ) أي ظاهر الرواية ( الاصح ) لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار

( قوله فلا يكون في معنى المودع ) أقول ينظر فان الغاصب مدع صورة ومن هذه الجهة قبلت بينة المودع وبينه مدعى الثمن الناقص اذا اختلفا في غن السلعة كما مر في الدعوى ( قوله حيث لم يذكره وهو الاصح ) أقول فيه تأمل

قال (ومن غصب عبدا فباعه الخ) ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة اجتماع البذل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأ كساب دون الأولاد (٣٨٨) على ما ذكرنا ناقص يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب

قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ولهذا يظهر في حق الأ كساب دون الأولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال (وولد المغصوبة وغاؤها وغرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه) وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كافي للطبقة المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل بيد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

والغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة والبيعة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي أو على النفي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين وباقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكرنا من وجه الفرق نظر فانه انما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع إلا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لأن الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لأن الواجب عليه فيما إذا عجز المالك عن إقامة البينة على الأكثر انما هو الأقل الذي كان معترفاه وليس مقصوده من إقامة البينة عليه إلا مجرد اسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه وإذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قوله ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل بيد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فقبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بحال بل بعد عيب في الأمانة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) في الجواب بحث لأن الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لم يصح اعتاقه وتدبيره إذا ظاهر أن محل الاعتاق والتدبير لا يكون إلا مالا مملوكا وقد تقر في محله أنه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم أن يكون مالا ولنا سلم أن محل الاعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالا بل يكفي أن يكون ملكا وأن المالك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضا فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لأن الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيما إذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لأن يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول

فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم تضمنه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمن الغاصب فإن فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الأصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي (وولد المغصوبة وغاؤها) كالسمن والجمل وغرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمن إلا بالتعدي أو بالخود عند طلب المالك والأ كساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نعمائه في شيء حتى تضمن بالتعدي لما أنها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها (وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة) بناء على أن حد الغصب عنده إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالطبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده فإن الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن

هناك منع من المخرج (ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل بيد المالك على ما ذكرنا) في أول كتاب الغصب وإثبات اليد على ذلك الوجه ليس بوجود فيها نحن فيه لأنها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب (قوله دون الاعتاق بالنص) أقول قال النبي عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم





(واهدا يتكرر) الجزاء (بتكررهذه الجناية) فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكررهذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله ويجب) يعني الضمان (بالاعانة والاشارة بالنص فلا ينبغي بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الاثم أولى) قال (وما نقصت الجارية بالولادة الخ) ما نقصت الجارية (٣٩٠) بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عندهم فأت

الولد فعليه رد الجارية وورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كالوفات كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جارة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جارا للملكه كما في ولد الطيبة الخرجة من الحرم اذا نقصت قيمتها وقيمة ولدها تساوى ذلك النقصان فانه لا يجبر به ابل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردها الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الام وبقية الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره فثبت مكانه آخر أو قطع قوائم شجر الغير فثبت قوائم أخرى مكانها أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاص أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فانه لا يجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزاء بالخصاص والتعليم بما زاد من القيمة فيه

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلا ينبغي بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الاثم أولى وأخرى قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جارا للملكه كما في ولد الطيبة وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الام والولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم

والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصفه وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصفه وقال ولا امتناع في قيام الاضافات بالمضافين ورد به قول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن بوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون فقوله هو لا الشراح فان وصف به المال كان مجازا ممنوعا جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يذل بالمالك بل أزال يد الغاصب وكللت فقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يذل والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يذل في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثم ازالة بدأ حدولا اثباتها فالجواب أن ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا الى هنا كلامه (أقول) هذا الجواب ليس بتمام لانه انما يثبت أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقيق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها وأما اذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لان حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا بد دفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن فالأولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي يتكرر الجزاء بتكررهذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخى ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكررهذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا أولى لانه أوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ابصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ابصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا

وصل

والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزاء بالخصاص والتعليم بما زاد من القيمة فيه

(قوله معناه يتكرر وجوب الارسال) أقول وعلى هذا يلزم فك الضمان (قوله فعليه رد الجارية وورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة) أقول قوله الذي صفة النقصان وضمير فيها راجع الى الجارية وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول قوله بما زاد متعلق بقوله لا يجبر

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة والعلق على ما عرف وعند ذلك لا بعد نقصانا فلا يوجب ضمانا

وصل المصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرار الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقفني أثره كثر السراح في تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثاني على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرار هذه الجنابة فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرار هذه الجنابة التي هي الاخراج من الحرم اه كلامه (أقول) لا جواز عندى للمعنى الثاني ههنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الاول كما زعم صاحب النهاية فان قول المصنف بتكرار بتكرارها متفرع على قوله فهو ضمان جنابة كما ترى ولا يصح هذا التفرع على تقدير حمل قوله بتكرار بتكرارها على المعنى الثاني لان تكرار وجوب الارسال بتكرار الاخراج من الحرم لا يكون أمارة على كون ضمان ولد الطيبة ضمان جنابته لا ضمان غصب فان تكرار وجوب الارسال بتكرار الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الطيبة ضمان جنابة وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط في المناسك أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك اتصال صيد الحرم الى الحرم عزلة اتصال المصوب الى يد المصوب منه وفي الغصب اذا وصل المصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرار الغصب فكذا هنا اه تدبر توقف (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة والعلق على ما عرف) ذهب جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومعراج الدراية الى أن قول المصنف على ما عرف اشارة الى ما يجيء في مسألة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى أنه اشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الاول أيضا بطريق النقل حيث قال يعنى في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء اه (أقول) لا مجال عندى للعمل على الاول أصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وما يجيء في مسألة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك أن ما هو سبب لأحدهما لا يصلح أن يكون سببا للآخر أيضا البتة حتى يصح حواله معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا يرى الى قول المصنف فيما سأتى وتخرج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذا لا تقضى اليه غالبا اه فان ذلك صريح في أن الولادة لا تكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة أن العلق أيضا لا يكون سببا لان افشاءه الى الموت أبعد من افشاء الولادة اليه كما لا يخفى مع أنه حكم ههنا بأن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلق ثم ان المعروف في الحواله على ما يجيء أن يقال على ما يجيء أو على ما سيرف بصيغة المضارع وأما أن يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير (قوله وعند ذلك لا بعد نقصانا فلا يوجب ضمانا) لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالبة المبيع لان اتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل يبيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمن شيئا وهذا لان الفوات الخلف كالفوات كذا في الشروح واعتراض بأنه لم يخرج جواب الخصم عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جارا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله وأجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا بعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يخرج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلق عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف ذلك يعنى في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية وزنى بها على ما يجيء وعند ذلك لا بعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع أدخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالبة المبيع لان اتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل يبيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمن شيئا وهذا لان الفوات الخلف كالفوات كذا في الشروح واعتراض بأنه لم يخرج جواب الخصم عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جارا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله وأجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا بعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يخرج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا

فوات

وصار كما اذا غصب جارية سمينية ثم هزلت ثم سميت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأدام مع العبد  
يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر بالنقصان لكونه الى خلف (قوله وولد الظبية ممنوع) جواب عن قولهما وتقريره لان نسلم أن نقصان  
الظبية بالولادة لا ينجر بقيمة الولد وكذا لان نسلم أن الأم اذا ماتت لا تنجر قيمتها بقيمة أم الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية  
وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلامنا فيما اذا كان السبب واحداً وههنا ليس كذلك فان الولادة بسبب الزيادة وليست بسبب ملوثة الأم  
اذلا تنقضي اليه غالباً وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على  
ذلك من قيمة الأم لان الولادة لا توجب الموت فالتقصان بسبب الولادة دون موت الأم ورد القيمة كردد العين ولورد عين الجارية كان النقصان  
مجبوراً بالولد فكذا اذا رد قيمتها (و بخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه أن كلامنا فيما اذا رد الأم  
بنقصان الولادة هل ينجر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكاً كيف ينجر النقصان به والخصاء لا يعذر زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم  
يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلاً بعمل النزاع فان قيل  
المذكور جواب المستشهد بها وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو على حاله  
أجيب بأن المصنف رحمه الله (٣٩٢) أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصاناً ولذا لم يكن نقصاناً لم يخرج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في

العبارة فان قيل لو كان الولد  
خلفاً وبدلاً عن النقصان لما  
بقي ملكاً للمولى عند ارتفاعه  
بضممان الغاصب لئلا  
يجمع البس لآن في ملك  
واحد أجيب بأنه ملك  
المولى لا محالة ومن حيث  
الملك ليس يبدل بل هو  
بدل من حيث الذات فاذا  
ارتفع النقصان بطلت  
الخلفية وبقي في ملك المولى  
فان قيل الولد عنده أمانة  
فكيف يكون خلفاً عن  
المضمون فالجواب ما أشار  
اليه المصنف رحمه الله من  
عدم عدده نعمانا لا تضمينه  
وهذا الجواب صالح للدفع  
عن السؤال الثاني أيضاً والله

وصار كما اذا غصب جارية سمينية فهزلت ثم سميت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب في يده  
وأخذ أرشها وأدام مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الأم  
وتخرج الثانية أن الولادة ليست بسبب ملوثة الأم اذا الولادة لا تنقضي اليه غالباً وبخلاف ما اذا مات الولد  
قبل الرد لانه لا بد من رد أصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعذر زيادة لانه غرض بعض  
الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجزو بسبب الزيادة  
النمو بسبب النقصان التعليم والزيادة سبب الفهم قال (ومن غصب جارية فزني بها خبلت ثم ردها وماتت  
في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرمة وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن في الأمة  
أيضاً) له - ما أن الرد قد صح

زيادة ما في النهاية والعناية (أقول) الجواب منتزعه من أن النقصان أمر محقق لا مجال لانكار وقوعه اذ  
وضع مسئلنا فيما اذا نقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجه لا أن لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصاناً سوى  
انحياز ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام السراح فاطمة في شرح قول المصنف وعند  
ذلك لا يعد نقصاناً كما مر ويدل عليه قوله في أصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد  
وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجارية عليه توسعاً لم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لا أن  
يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصاناً موجباً للضمان في سائر المواضع وأن لا يعد نقصانه  
الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصاناً موجباً للضمان عندنا بل يلزم أن يكون ذلك تحكماً بحسنا وحاشا  
لاعتنا من ذلك فليتأمل (قوله وصار كما اذا غصب جارية سمينية فهزلت ثم سميت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت)

درا المصنف ما لطفه ذهنا جزاه الله عن المحصلين خيراً قال (ومن غصب جارية فزني بها) قال في الجامع الصغير محمد عن  
يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردّها فتخبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن قيمتها يوم علقت وليس عليه  
في الحرمة ضمان وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا ضمان عليه في الأمة أيضاً اذا ماتت في نفاسها بعدما يردّها وتابعه المصنف في قوله  
ثم يردّها فتخبل بتقديم الرد على الحمل ووقع في عامة النسخ بتقديم الحمل على الرد لبيان أن الحمل كان موجوداً وقت الرد قال الرد قد صح  
لانه أوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لان نسلم صحته حيث علمت بسبب كان عنده

قال المصنف (أوسقطت ثنيتها ثم نبتت) أقول قال الزيلعي أو قلها الغاصب فنبئت مكانها أخرى فردّها سقط ضمانه عنه اه  
وفيه أن السبب ليس بمحدد والفرق أن النية لاقية لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد  
نقصاناً الخ) أقول ويجوز أن يجاب بالمنع فانه يجوز بيع المأذون من مولاه وعكسه كما سبق وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشتري  
ماله بماله وقدم نفصيلة في باب المراجعة والتوايه - فراجع (قوله لما بقي ملكاً للمولى عند ارتفاعه) أقول فيه بحث (قوله بضممان  
الغاصب) أقول أي على مذهب زفر والشافعي (قوله بل هو بدل من حيث الذات) أقول فيه بحث



أجاب بقوله (والهالك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا بسبب كان عند الغاصب والهالك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب. كما إذا جئت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أوزنت في يد الغاصب فردها فخلدت فهلكت منه ولكن اشترى جارية قد حبلت عند البائع) ولم يعلم المشتري بالحبل (فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل (ولا يـ حنيفة رجه الله ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجدها هنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك) فصار كما إذا جئت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجنابة خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة) إذا زني بها رجل مكرهه فخلت وماتت في نفاسها (لأنها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبل (قوله وفي فصل الشراء) جواب عن قولهما كن اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق وهو أن في فصل الشراء الواجب (٣٩٣) على البائع ابتداء التسليم أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم (وما ذكرناه) من وجوب الرد على الوجه الذي أخذ عليه (شرط لصحة الرد) ولم يوجب دفع مكان تمثيل مالم يوجب بشرطه على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحققه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذا لا وصف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده وأما الغصب فالأوصاف داخله فيه ولهذا الوصـب جارية سميئة فهرلت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان وإذا دخلت الأوصاف فيه كان الرد بدونها

والهالك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما إذا جئت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أوزنت في يده ثم ردها فخلدت فهلكت منه ولكن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجب الرد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد وصار كما إذا جئت في يد الغاصب جنابة فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجنابة خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد

(أقول) لقائل أن يقول لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين إذ لا شك أن سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الأولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية يغير سبب الزيادة وهي السمن في الأولى ونبت الثنية في الثانية وقد رد المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جرح صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تشبث ههنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيها أيضا ثم أقول في الجواب أن الفرق باتحاد السبب وعدم اتحادهما إنما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم إذا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحادهما إذ يمكن عند اتحادهما أن لا يعد النقصان نقصانا كما ذكره بخلاف عدم اتحادهما إذ لا وجه عنده أصلا لأن لا يعد النقصان نقصانا ولا يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعى أناته إذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يعد النقصان هناك نقصانا فلا ينسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعد النقصان هنا نقصانا أولى كما لا يخفى فتدبر فانه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق إلى كشفه وبيانـه وقال بعض الفضلاء والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف اهـ (أقول) ليس هذا بشيء لأن الثنية وإن لم يكن لها قيمة إلا أن سقوطها يورث نقصانا للجارية بل لا ريب والكلام في نقصان الجارية المقصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه (قوله والهالك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) أقول يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ههنا

(٥٥ - تكمله سابق) رد فاسدا وأما إذا جئت في يد الغاصب فلان سبب الموت ملهم من الحي والضعف وقت الموت ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو من كبة منه ما فلا يضاف إلى سبب قائم في يد الغاصب بالشك

قال المصنف (وردت وفيها ذلك) أقول لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق أنقاه من وجه الرواية الظاهرة من الامام أن الولادة ليست بسبب موت الأم فتأمل في دفعها قال المصنف (وفي فصل الشراء الواجب الخ) أقول قال الزبائعي وفي فصل الحي الموت يحصل بزوال الغوى وأنه يزول بتراخي الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى وفيه تأمل (قوله أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد الخ) أقول يشترط فيه أيضا تسليمه بوصف السلامة (قوله إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء) أقول فيه بحث فانه يرجع عليه بنقصان العيب (قوله من الحي والضعف) أقول أي ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحي المتوالية (قوله ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول فيه بحث

(قوله والزنا سبب) جواب عن قولهما أوزنت في يده الخ وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجرح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رحمه الله مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال وربما سمي الاول غصبا والثاني اتلافا في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل ما لشرحه الله قال ان سكنها فكما قال الشافعي وان عطلها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله (لشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها غير آدعى خلق لمصلحة الآدمي ويجري فيه النسخ والضئنة (ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة قبلا لاجماع (فكذا بالغصب) لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كماله ورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في مكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه (اذهي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى) وما حدث في مكان الرجل فهو في ملكه دفعا لاجتنابه فان الملك لم يثبت للعبد الادفع لاجتنابه الى اقامة التكاليف (٣٩٤) فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه واثني سلمنا

والزنا سبب جلد مؤلم لا جرح ولا متلف فلم يوجب السبب في يد الغاصب قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعي يضمنه فيجب أجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطاها أو سكنها وقال مالك ان سكنها يجب أجر المثل وان عطلها الا شيء عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه اذهي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لاجتنابه والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا يبقاؤها

سبب للهلاك وقد صرح فيما مر بأنه ليست بسبب الموت حيث قال وتخرج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم اذ لا تقضي اليه غالباً فكان بين الكلامين تدافع فليتنامل في التوجيه (قوله ولنا) أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه اذهي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لاجتنابه والانسان لا يضمن ملكه (لقائل أن يقول مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كافي استئجار الدور والارض والدواب ونحوها لأن الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع ولم أر أحدا حارم حول جواب هذا الاشكال مع ظهور روده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسألة الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكن من جهة المالك لانه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع الا بتمكنه كان ذلك طريقا لا وصولا الى استيفاء المنافع فأعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة اه (أقول) هذا الجواب وان كان يصلح أن يكون مخلصا ههنا الا أنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكرنا في كتاب الاجارات كقوله هم الاجارة عمليكم المنافع بعوض وقوله هم والقياس بأبي جوازها لان المنفعة ودع عليه المنفعة وهي معدومة وقواهم وتعتقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لأن المعاوضة تقتضي التساوي والمالك

حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا يبقاؤها واثني سلمنا يتحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا تلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث القضاء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بdraهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الاول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق

لا بين باق وأبقي فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان أحدهم ما يبيع الى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بdraهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات

(قوله لانها أعراض لا تبقى) أقول وان بقيت لا تضمن أيضا لانها تدمع أصلها (قوله وما حدثت في مكان الرجل فهو في ملكه الخ) أقول الكبرى محتاجة الى البيان (قوله وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول ويعضده أن الاجسام متمثلة لتركها من الجوهر المتجانسة ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز الخ) أقول فيه بحث فانه يجوز بيع المنافع بالدراهم أيضا فلا يصلح ما ذكره للتنوير (قوله هو ما لا يعد عيبا في التصرفات) أقول ولا يقتضي المماثلة بخلاف ضمان العدو وان فاه يفتي على المماثلة بالنص

في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدودها فكذا في بدائها وهو الاجرة وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العدة اليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الأقوال الدالة على كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تأويل كلهما متعسر بل متعذر تأمل توقف ثم أقول الاولى في الجواب عندي أن يقال اقتضاء الدليل المذکور عدم وجوب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده انما هو على موجب القياس وقد تقرر في أول كتاب الاجارات أن القياس بأبي جوارها إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وأن جوارها عندنا باعتبار إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول فيجوز في الاجارة أن يجب الاجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده اذا وقع التراضي عليه باعتبار إقامة العين التي هي ملك المأجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فإنه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان) أقول لقائل أن يقول هذا الدليل انما يدل على أن منافع المصنوع لا تضمن بالأعيان لعدم المماثلة بينهما ما ولا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها أصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره يرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال واثبتنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لأنها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحدا وبالأعيان وهو باطل أيضا لأنها لا تماثل الأعيان لأن المنافع أعراض لا تبقى وتبين والعين تبقى أوقانا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمنان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه أيضا تقرير صاحب غايه البيان ذلك الدليل حيث قال ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخفى أو اما أن تكون مضمونة بأمثالها من المنافع أو بغيرها من الأعيان كالدرهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالامثال وهي المنافع لأنه لا قائل بذلك ولا يجوز أن تكون مضمونة بالأعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان بقوله تعالى فاعمدوا عليه بمثل ما عندى عليكم اه قال صاحب العناية واعترض بما اذا تلف ما يسرع اليه الفساد فإنه يضمنه بالدرهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدرهم اليتيم فإنه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الوجه الاول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدرهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات اه كلامه (أقول) فيما ذكره في كل من الجوابين شيء أما في الاول فلا ننويزه بقوله ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر لا يخرس بهج لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لأن العقد والرضا تأثيرا في تجوز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته ألف بالوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدو وان قطعنا ألا يرى أن التفاوت بين



وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الآن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه ببعض أجزاء العين

جوهر وعرض يجوز أيضا بالعقد كما إذا استأجر منفعة دار من لا بدراهم معينة مع أن المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا تتصور بين جوهر وعرض كما صرح به وأما في الثاني فلأن جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استئجار الوصي لليتيم ما يحتاج إليه بدراهمه لأن التفاوت في الأول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك أن جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز أن يكون الأمر في تصرف الوصي في مال اليتيم أيضا كذلك فمن أين ثبتت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو مجرد ما لا يعد عيبا في التصرفات نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان الأحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ذلك المعنى لكنه انما يعرف بدليل آخر لا بما ذكر من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي (قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف) قال صاحب الغنابة في تفسيره هذه المآخذ أي العلل التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وثابتا بقوله انها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثا بقوله لانها لا تتماثل الاعيان الخ اه (أقول) فيه نوع خلل لانه قال أو ما ذكره بكامة أو وهي لاحد الامرين ولا شك أن العلل التي كانت مناط الحكم ههنا وأشار إليه المصنف بهذه المآخذ هي ما ذكره أولا وثانيا وثالثا بقوله المزبورة لأمر آخر فكيف يصح العطف بكامة أو وقال صاحب الغنابة ههنا أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم وأراد بالمآخذ ما ذكره أولا بقوله انها حصلت في ملك الغاصب وثابتا انها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثا انها لا تتماثل الاعيان والنسب في ضمان العدوان المماثلة بالنص اه أقول بر دعلي ظاهره أن العلل التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المصنف أولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفتة آنفا فمغنى قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بها ذلك والعطف يقتضى التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا بقوله وأراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ما صدق عليه المآخذ ههنا وتعيينه فكأنه قال أراد بمعنى المآخذ ههنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذلك والمغايرة بين المفهوم وما صدق عليه ظاهرة فيصح العطف لأنه لو قال في الثاني وأراد بهذه المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل على ارادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن \* ثم أقول بنى في هذا المقام بحث قوى وهو أنه قد صرح في معتبرات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضا في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا لاجارة مع أن العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور أيضا (فان قلت) العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمنان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظر الوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان (قلت) ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم امكان تضمين المنافع بالاعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع ظاهره الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا

(وقد عرفت هذه المآخذ)  
أي العلل التي هي مناط  
الحكم أو ما ذكره أولا بقوله  
لأنها حصلت في ملك  
الغاصب وثابتا بقوله انها  
لا يتحقق غصبها وتلافها  
وثالثا بقوله لانها لا تتماثل  
الاعيان الى آخره ( في  
المختلف ) يعنى في مختلف  
أبي الليث وقوله ( ولا  
نسلم أنها متقومة )  
جواب عن قوله المنافع  
أموال متقومة وتقريره  
أننا لا نسلم أنها متقومة في  
ذاتها لان التقوم لا يسبق  
الوجود والاحراز وذلك  
فيما لا يبنى غير متصور بل  
يتقوم لضرورة دفع الحاجة  
(عند ورود العقد) عليها  
بالتراضى ولا عقدي  
المتنازع فيه (الآن) أي  
لكن (ما ينقص باستعماله  
مضمون عليه لاستهلاكه  
بعض أجزاء العين) والله أعلم

(قوله أو ما ذكره أولا بقوله  
لأنها حصلت الخ) أقول  
فيه بحث

**فصل في غصب ما لا يتقوم** لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقيق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما إما باعتبار ديانة المصوب منه بتقومه أو بتغيره في نفسه إلى التقوم (قال وإن أنلف المسلم خراج الذي أو خنزيره الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه اتلاف المسلم خراج الذي واتلاف الذي خراج الذي واتلاف المسلم خراج الذي ولا ضمان على المتلف في الاوabin بالاجماع وأما في الاخرين فعليه الضمان (٣٩٧) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى

هذا الخلاف اذا باعها

الذي من الذي جاز البيع عندنا خلافا له قال (سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذي لانهم أتباع لنا في الاحكام) قال صلى الله عليه وسلم اذا

قبلا وعقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان أي ما يضمن به (ولنا أن التقوم

باق في حقهم اذا جرحهم كالحل لنا والخزير عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولو هم يبيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من غيرها ولم يفعل ذلك الا لتدنيهم بذلك

**فصل في غصب مالا يتقوم** قال المصنف (واذا أنلف المسلم خراج الذي أو خنزيره ضمن) أقول في شرح الكافي لمصدر

الاسلام لو أنلف مسلم على ذي خنزير على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئا وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاتقاني وهذا خلاف ما ذكره القدوري في مختصره وفي شرحه المختصر الكرخي ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجع

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا أنلفه ما ذي على ذي) أقول ولقد أحسن حيث أتى في المسلم باللام وفي الذي بعلى (قوله دل على ذلك

قول عمر رضي الله عنه لا تفعلوا الخ) أقول قوله لا تفعلوا مقول قول

**فصل في غصب ما لا يتقوم** قال (واذا أنلف المسلم خراج الذي أو خنزيره ضمن قيمته ما فان أنلفه ما المسلم لم يضمن) وقال الشافعي لا يضمن ما للذي أيضا وعلى هذا الخلاف اذا أنلفه ما ذي على ذي أو باعها الذي من الذي له أنه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذي لانهم أتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم اذا جرحهم كالحل لنا والخزير لهم كالشاة لنا

**فصل في غصب ما لا يتقوم** قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب بحده الذي ذكرناه انما يتحقق فيه شرع في بيان أحكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما إما باعتبار ديانة المصوب منه بأنه متقوم أو بتغيره في نفسه إلى التقوم اه كلامه وقد اتفقت أئمة صاحب العناية (أقول) لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا إلى المصير إلى اعتبار عرضية أن يصير ما لا يتقوم متقوما بأحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عندنا النظر الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها ففي ما لا ضمان فيه كاتلاف خراج المسلم وخنزيره لا وجه له لا اعتبار عرضية أن يصير متقوما باعتبار ما أصلا فان اعتبار عرضية أن يصير متقوما مما لا تأثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع إياه عنه ولعل بعض السراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوما منهم الشارح الكاكي حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم اذ هو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم اه ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالحرج والخزير في حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اه (قوله ولنا أن التقوم باق في حقهم اذا جرحهم كالحل لنا والخزير لهم كالشاة لنا) أقول فيه اشكال من وجهين أحدهما أن الخصم قال انهم أتباع لنا في الاحكام ونمسك بقوله عليه الصلاة والسلام اذا قبلا وعقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بأن التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباع لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول (فان قلت) نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا فسدل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلاة والسلام اتركهم وما يدينون على مدعاها هنا (قلت) للخصم أن يقول المراد بما يدينون الديارات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فنأين يثبت الرجحان والثاني انه قد تقرر في علم الاصول انه لا خلاف في أن الكفار مخاطبون بالايان والعقوبات والمعاملات والعبادات أيضا في حق المؤاخضة في الآخرة وأما في حق وجوب الاداء في الدنيا فمختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقويم الخرج والخزير أيضا \* ثم أقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما أما عن الاول فبأن يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم

الاسلام لو أنلف مسلم على ذي خنزير على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئا وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاتقاني وهذا خلاف ما ذكره القدوري في مختصره وفي شرحه المختصر الكرخي ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجع

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا أنلفه ما ذي على ذي) أقول ولقد أحسن حيث أتى في المسلم باللام وفي الذي بعلى (قوله دل على ذلك

قول عمر رضي الله عنه لا تفعلوا الخ) أقول قوله لا تفعلوا مقول قول

ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الإلزام وإذا بقي المتقوم فقد وجد  
تلاف مال مملوك متقوم فيضمنه

أتباع الناس في الأحكام فإن عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر  
فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولو هم يبيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم  
حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد فدل على الإجماع وقد صرح به بعض الشراح  
وأما عن الثاني فبأن يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما ينحمل الخطاب التعميم لهم أيضا  
وأما فيما لا يتحمل فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لأن الخمر كانت متقومة  
في شريعة من قبلنا وفي صدر شرعنا والاصل أن ما ثبت يبق إلى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله  
تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ووجد في حقنا دليل السباق والسباق فبق في حق من لم يدخل  
تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال للتعميم للكفار أيضا  
وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا  
حلالين في الأمم الماضية وكذا في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق  
المسلمين فكانا حراما عليهم وبقيا حلالا على الكفار كنسكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد  
التحريم خاصا في حق المسلمين فبقى حلالا في حق الكفار فكذا ههنا ألا يرى إلى خطاب الله تعالى المؤمنين  
في سورة المائدة بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والآنصاب والالزام رجس من عمل  
الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو الذي يعلم إذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم  
الميتة والدم ولحم الخنزير إلى هنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب  
البدائع حيث قال وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق  
أهل الذمة وكذا الخنزير فالحرف في حقهم كالحل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في الإباحة  
شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الإباحة في حقهم أن كل واحد منهما من ممتنع  
به حقيقة صالح لأقامة مهلة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق إلا أن الحرمة في حق المسلم  
ثبتت فصاغيرها عقول المعنى أو معقولا المعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله  
تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن  
الصلاة لأن الصل لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب  
الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم  
كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمت عندنا هو الصحيح من الأقوال على  
ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان أحدهما أن الخمر وإن لم تكن مالا متقوما  
في الحال فهي معرض أن تصبح مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف  
بعدم كون الحل المصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يوقف على ذلك الحال ألا يرى أن المهر والخش  
وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع  
عن شرب الخمر وأكل الخنزير بحسب ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال أمرنا أن نتركهم وما يدينون  
ومثله لا يكذب وقد دافوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلم يمتنعوا عن التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب  
والاتلاف يفضي إلى التعرض لان السفه إذا علم أنه إذا غصب أو تلف لا يؤخذ بالضمان يقدم على  
ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم إلى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بأن  
نتركهم وما يدينون) أقول أقائل أن يقول فلم لا تتركهم وما يدينون في بعض الأمور كاحداث البيعة  
والكنيسة وكر كوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما عرف في كتاب السير والجواب أن

( ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ) يعني لا نجادلهم  
على الترك ( والسيف موضوع ) يعني لا يجبرون  
على الترك بالإلزام بالسيف  
لعقد الذمة وحيث تترك التعذر  
الإلزام على ترك التدبير  
فبقى التقوم في حقهم وإذا  
بقى فقد وجد اتلاف مال  
مملوك متقوم وذلك يوجب  
الضمان بالنص فيضمنه  
وفوقض بما إذا مات المجوسى  
عن اثنين أحدهما  
أمر أنه فانه لا تستحق  
بالزوجة شيئا من الميراث  
مع اعتقادهم صحة ذلك  
النسكاح وصحة النكاح  
توجب توريث المرأة من  
زوجها في جميع الأديان  
إذا لم يوجد المانع ولم يوجد  
في ديانتهم ثم لم تتركهم وما  
يدينون وأجيب بأننا لا نسلم  
أنهم يعتقدون التوريث  
بأنسكة المحارم فلا بد له  
من بيان

(قوله لا نجادلهم على الترك الخ)  
أقول أي ترك ما يدينون  
(قوله وأجيب بأننا لا نسلم  
أنهم يعتقدون التوريث  
الخ) أقول فيه أن مراد  
الناقض أنا إذا حكمنا بينهم  
على شرع الإسلام لطلبهم  
ذلك لا فورنها



وقوله (بمخلاف الميتة والدم) جواب لقيس عليه الشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لان احدا من اهل الاديان لا يدين بتولها) ما  
الا أنه يجب قيمة الجروان كانت منلية) وتذكر الضمير في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور (لان المسلم ممنوع عن تملكه لكونه اعززا  
ه) بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تملكها وتملكها فان جرت بينهما مبايعة (٣٩٩) جازلهم التملك والتملك وان

استهلكها بعضهم لبعض  
جاز تسليم مثلها وتسليمه (قوله)  
وهذا بخلاف الربا متعلق  
بقوله لان الذي غير ممنوع عن  
تملك الجرو كذا قبل والاولى  
أن يتعلق بقوله نحن امرنا  
أن نتركهم وما يدينون الى  
آخره لا تساق ما بعده من  
العطف حينئذ (وقوله لانه  
مستثنى من عقودهم) يعني  
بعدم الجواز لقوله صلى الله  
عليه وسلم الامن اربى فليس  
بيننا وبينه عهد وذلك لانه  
فسق منهم لا تدين لثبوت  
حرمة الربا في دينهم قال الله  
تعالى وأخذهم الربا وقد  
نهوا عنه (وبخلاف العبد  
المرتد للذي) فان المسلم اذا  
أنلفه لا يضمن شيئا وان كان  
اعتقاد الذي ان العبد المرتد  
مال منقوم وهو ايضا في  
الحقيقة مقدس عليه الشافعي  
رحمه الله ووجه الجواب (أنا  
ما ضمننا لهم ترك التعرض)  
للعبد المرتد للذي (لمافيه)  
أي في ترك التعرض (من  
الاستخفاف بالدين) بالترك  
والاعراض عنه واستشكل  
هذا التعليل بما اذا أنلف  
على نصراني صليبا فانه  
بضمن قيمته صليبا وفي ترك  
التعرض استخفاف بالدين  
وأجيب بأن ذلك كفر أصلي  
فالنصراني مقرر على ذلك  
بمخلاف الارتداد

(قوله قوله وهذا بخلاف

بمخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين بتولها ما الا أنه يجب قيمة الجروان كان من  
ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تملكه لكونه اعززا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان  
الذي غير ممنوع عن تملك الجرو وتملكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد  
المرتد يكون للذي لانما ضمننا لهم ترك التعرض له لمافيه من الاستخفاف بالدين

امنا لها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه  
الصلاة والسلام الامن اربى فليس بيننا وبينه عهد على ما سيأتي بيانه عن قريب قال صاحب العناية  
أخذ من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسى عن ابنتين احدهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجة شيئا  
من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب ثوب المرأة من زوجها في جميع  
الاديان اذ لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون وأجيب باننا لانسلم أنهم يعتقدون  
التوريت بأنسكة المحارم فلا بد من بيان اه واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه أن  
مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لانورثها اه (أقول) ليس فيما ذكره كبير  
حاصل اذ مراد الجيب أيضا أن عدم ثوبنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم  
ثبوت اعتقادهم التوريت بأنسكة المحارم نعم يعتقد المجوسى صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة  
اعتقاد صحة النكاح اعتقادا مستقفا الميراث الا يرى أن الميراث يمنع بالرق واختلاف الدين مع صحة  
النكاح وقد صرح به في التفصيل في النهاية وان اراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التوريت بأنسكة  
المحارم وطلبوا ذلك لم يحكم بينهم بذلك أيضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضرنا انما هو النقص  
بما هو امر واقع لا بما هو فرض محض \* ثم أقول بقي ههنا كلام آخر وهو أن للسائل أن يورد النقص  
حينئذ يعلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدين مع أن وجوب  
ثوب الزوج من زوجها مقرر في جميع الاديان اذ لم يوجد مانع والظاهر أن الكفر ليس بمانع عن  
الارث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك فتأمل في الجواب (قوله وهذا بخلاف الربا)  
متعلق بقوله لان الذي غير ممنوع عن تملك الجرو وتملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب  
العناية بعد نقل ذلك والاولى أن يتعلق بقوله نحن امرنا أن نتركهم وما يدينون الخ لا تساق ما بعده من  
العطف حينئذ اه (أقول) تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع  
كونها بما يأتى ذلك جدا لا يستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن امرنا أن نتركهم وما يدينون  
لان الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تديننا لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى  
وأخذهم الربا وقد نهوا عنه كما صرحوا به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربا  
مخالف لقوله نحن امرنا أن نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير أن يكون قول  
المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن امرنا أن نتركهم وما يدينون بصرا المعنى وهذا أى قوله  
ونحن امرنا أن نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا وليس هذا المعنى بسد لعدم ملازمة الخلاف  
بينهما كما بينا آنفا وأما على تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لان الذي غير ممنوع  
عن تملك الجرو وتملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح فيصير المعنى وهذا أى عدم كون الذي ممنوعا  
عن تملك الجرو وتملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا ولا يخفى أن هذا المعنى سديد

الربا متعلق بقوله لان الذي غير ممنوع عن تملك الجرو كذا قبل والاولى أن يتعلق بقوله نحن الخ) اقول بل الاولى أن يتعلق بقوله  
فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الجرو والخزير

( وقوله بخلاف متروك التسمية ) يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم وما يدينون يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أنف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قاله أن ولاية الحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لانسلم أن ولاية الحاجة ثابتة لأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة ( ٤٠٠ ) دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم والجواب أن

والدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم أترككم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال ( فان غصب من مسلم خيرا نخلها أو جلد ميتة فديغ به فله صاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء وبأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه ) والمراد بالفصل الأول إذا دخلها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس وبالفصل الثاني إذا دغ به بماله قيمة كالقرط والعقص ونحو ذلك والفرق أن هذا التخليل يطهره بمنزلة غسل الثوب الخس فيبقى على ملكه إذا ثبت المالبية وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبيغ في الثوب فكان بمنزلة فلها هذا بأخذ الخل بغير شيء وبأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه وبيانه أنه ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما والغاصب أن يحبس حتى يستوفي حقه كحق الخس في المبيع قال ( وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة وقال يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه )

وان كلمة هذا التي يشار بها إلى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الأولى أن يتعاق بقوله فيضمنه والاشارة إلى ما ذكر من الخمر والخزير اه ( أقول ) هذا أقبح مما قاله صاحب العناية لأنه ان كانت الاشارة بهذا إلى الخمر والخزير بتأويل ما ذكر كزعمه يصير المعنى وهذا أي ما ذكر من الخمر والخل يترك ملتبس بخلاف الربا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربا بقوله فيضمنه معنى وان صير إلى النقد برأى يقال المراد بهذا بخلاف الربا في الضمان فيحصل نوع تعاق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا أيضا لأن الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الربا مما لا أساس له بذلك تدبر تفهم ( قوله وبخلاف متروك التسمية لمن يبيعه لان ولاية الحاجة ثابتة ) قال في العناية يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أنف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قاله أن ولاية الحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لانسلم أن ولاية الحاجة ثابتة لأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم والجواب أن الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم أترككم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين إلى هنا لفظ العناية واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينقد ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اه ( أقول ) هذا ساقط جدا أما أولا فلا لأن القاضي انما ينقد ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع وأما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتين الثلاث فلا يصح أن ينقد ما حكم به القاضي أصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومن لوازم مخالف

الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم أترككم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال ( فان غصب من مسلم خيرا نخلها أو جلد ميتة فديغ به فله صاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء وبأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه ) والمراد بالفصل الأول إذا دخلها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس وبالفصل الثاني إذا دغ به بماله قيمة كالقرط والعقص ونحو ذلك والفرق أن هذا التخليل يطهره بمنزلة غسل الثوب الخس فيبقى على ملكه إذا ثبت المالبية وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبيغ في الثوب فكان بمنزلة فلها هذا بأخذ الخل بغير شيء وبأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه وبيانه أنه ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما والغاصب أن يحبس حتى يستوفي حقه كحق الخس في المبيع قال ( وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة وقال يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه )

الكتاب وهو خير وان لم يكونا باقين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه

( قوله ولقائل أن يقول لانسلم أن ولاية الحاجة ثابتة الخ ) أقول الأولى استحلال متروك التسمية بخلاف النص الكتاب والخصم مؤمن به فيثبت ولاية الحاجة ( قوله والجواب إلى قوله وهو منتف في حق المجتهدين ) أقول فيه بحث فان القاضي ينقد ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه

ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجاع أما الخل فلانه لما بقى على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه

الكتاب بالحكم محل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ وأما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور أن علة الامر بالتروك في قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الخاق المجتهدين بأهل الذمة في ترك الحاجة لدلالة ولا قياسا ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفيذ القاضي ما حكم به فاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله (قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجاع) قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجاع فلهذا لم يذكره المصنف اه (أقول) هذا ليس بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما أجمع عليه الامة بالاجاع الذي هو أحد الأدلة الاربعة الشرعية فان الاجاع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر أن مراد المصنف بالاجاع ههنا هو اجاع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكرنا من مسألة الاستهلاك لاجاع الامة الذي هو من الأدلة لان هذا الاجاع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه وكيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الأئمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي وأحمد لو تخللت الخمر بنفسها وهلك في يد الغاصب يضمن وأما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده ولا يضمن وفي قول وجب رده ويضمن اه فظهر منه مخالفة هؤلاء الأئمة الثلاثة لا تفتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع أن مالكا من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد فلم يتحقق اجاع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجاع أمة أخرى من قبل فلم يمكن حمل الاجاع المذكور على اجاع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا لم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجاع لان دليله ظاهر وهو أنه لو ضمن لا يخلو إما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا به على موصوف بالتعدي اه كلامه (أقول) ظهوره في الدلائل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم ولو سلم فكونه أظهر من سائر الأدلة التي ذكرها سائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك الخل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل ثم أقول لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة ههنا ان فهمه مما ذكره في دليل مسألة الاستهلاك يرشدك اليه قطعا قوله في أثناء ذلك وبهم اذا فارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد (قوله كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اه (أقول) هذا النظر ساقط حداذ لان سلم أولا أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون

وان هلك في يده فلا ضمان عليه بالاجاع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجاع فلهذا لم يذكره المصنف والبيضة على ذلك أنه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا ضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والقرض عدمه (وقوله أما الخل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فأما اذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه وعن أبي يوسف رجه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضا واذا كان باقيا على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه



(قوله ولانه واجب الرد) دليل آخر وتقريره أن الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كافي المستعار  
يضمن بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تقويت منه هناك قال الامام خنيس بن حذافه رحمه الله وغيره في شرح  
الجامع الصغير قوالهما يعطى (٤٠٣) ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعني أن القاضي قوم الجلد بالدرهم

ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كافي المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما  
يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما عند اتحاده في طرح عنه ذلك القدر ويؤخذ  
منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله أن تقوم حصل بصنع الغاصب وصنعتة  
متقومة لاستعماله ما لا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقه  
والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من  
غير صنعة بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لنبوته  
قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذي والثوب لان التقوم فيهما كان تابعا قبل الدباغ والصبيغ فلم  
يكن تابعا للصنعة

نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك أيضا سببا له ومقصود المصنف قياس المتنازع  
فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا للضمان المتعدي ما استهلكه واعطاء المالك ما زاده  
الصنعة وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه غاية الأمر أن في جانب المقيس عليه سببا آخر  
للضمان وهذا لا ينافي صحة القياس عليه في السبب المشترك وقد أشار اليه صاحب النهاية حيث قال  
في حل هذا المحل ان الاستهلاك جنابة موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد  
على ملك صاحبه بعد ما صار ما لا متقوما كافي الثوب الآن هناك السبب الاول وهو الغصب موجب  
للضمان أيضا فله أن يضمه بأي السببين شاء وههنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان  
فتعين التضمن بالسبب الثاني فكان هو في السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للغاصب منه أن يضمن  
المستهلك ويعطى الغاصب ما زاد الدباغ فيه الى هنا كلامه (قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون  
عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعة) قال صاحب العناية في شرح قوله كما اذا هلك من غير  
صنعة فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب  
موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك اه كلامه واقفي أنزه الشارح العيني (أقول) فيه نظر  
اذ لا شك أن عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعة لا يجب أن يكون باعتبار أن الاصل وهو  
الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب موجب للضمان  
في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي  
هناك كتحققه في صورة الاستهلاك على ما أشار اليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضا في تعليل  
تلك المسئلة فيما هو وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك انما هو عند  
تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ ما لا متقوما معتبرا في حقيقة  
الغصب الشرعي كما تقر في صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ وقطعا وانما يصير  
متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدفعه حين الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب  
للضمان فيما نحن فيه بل اريب ويؤيد ما قلنا ان الخمر المتخلة بنفسها أيضا غير مضمونة في صورة الهلاك  
بالاجماع كما هو وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقومها فلو كان مجرد الغصب وهو الاخذ جبرا بدون

الجامع الصغير قوالهما يعطى  
والدباغ بالدنانير فيضمن  
الغاصب القيمة ويأخذ  
ما زاد الدباغ أما اذا قومه  
بالدرهم أو بالدنانير في طرح  
عنه ذلك القدر ويؤخذ منه  
الباقي لعدم الفائدة في الاخذ  
منه ثم في الرد عليه ولا ي  
حنيفة رحمه الله لان سلم أن  
الجلد مال متقوما بنفسه  
وانما حصل له التقوم بصنعة  
الغاصب وصنعتة متقومة  
لاستعماله ما لا متقوما فيه  
ولهذا كان له أن يحبس حتى  
يستوفي ما زاد الدباغ فكان  
التقوم حقا للغاصب وكان  
الجلد تابعا للصنعة الغاصب  
في حق التقوم ثم الاصل وهو  
الصنعة غير مضمون عليه  
فكذا التابع لما يلزم مخالفة  
التبع أصله كما اذا هلك من  
غير صنعة فان عدم الضمان  
هناك باعتبار أن الاصل  
وهو الصنعة غير مضمون  
فكذلك الجلد والا فالغصب  
موجب للضمان في الهلاك  
والاستهلاك (قوله بخلاف  
الرد الخ) جواب عن قوالهما  
ولانه واجب الرد وتقريره  
أن وجوب الرد حال قيامه  
لانه يتبع الملك والجلد غير  
تابع للصنعة في حق الملك

لنبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة  
فكذا ما يتبعها او الرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده ويتبعه الصنعة وقوله (بخلاف الذي والثوب) جواب عن قولهما  
كما اذا غصب ثوبا وأقسم الذي استظهار ان التقوم فيهما أي في الذي والثوب كان تابعا قبل الدفع والصبيغ فلم يكن تابعا للصنعة  
والتقوم يوجب الضمان

ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قبل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه

تحقق الغصب الشرعي موجبا للضمان في الهلاك والاستهلاك أو كان مجرد حصول التقويم للأخذ بعد الأخذ كافيا في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها في يد الآخذ جبرامع أنه خلاف ما عليه الأجماع \* ثم أقول لما ظهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما إذا هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان المزبوران مما يليق بقدره الجليل وإن كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز أن يكون مراده بقوله كما إذا هلك من غير صنعه هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وإن كان السبب مختلفا في الصورتين ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون الأصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سببا أيضا في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعه لا من حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والافالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك فإنه إذا لم يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب لأن انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم أن لا يصح قولهما والافالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تأمل تقف ( قوله ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قبل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة ) قال الشراح في تفسير قوله قبل ليس له ذلك أي مطلقا بخلاف ما يقتضيه هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى ( أقول ) تعليل هذا القول الاتفاق بقوله لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة مشكل عندي فإنه لا يتمشى على أصل الامامين إذ قدموا أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فيضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح في خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فإن له قيمة وقتئذ والمراد بما مر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما إذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد أن صار ما لا متقوما بالدباغ كما أشار إليه المصنف بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل ليس له ذلك بخلاف أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فإن عدم تقويم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد أن صار ما لا متقوما بالدباغ وهذا يجب عليه الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه ما لا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر على أنه لو كان المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون أن يقول بخلاف صبغ الثوب لأن الصبغ في الثوب بازاء الدباغ في الجلد تأمل ( قوله لأنه إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ) قال صاحب العناية وفيه نظر لأن العجز في الاستهلاك لا من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدي فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك اهـ ( أقول ) يمكن أن يجاب عن هذا النظر بأن العجز في الاستهلاك لما كان لا من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه

(ولو كان) الجلد (قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه) أي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم (ويضمنه قيمته قبل ليس له ذلك) (بلا خلاف) لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك وقوله (لأنه إذا تركه) دليل أن في المسئلة خلافا لدليل المخالفين ووجه ذلك أنه إذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو أي الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آنفا وفيه نظر لأن العجز في الاستهلاك لا من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدي فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك

ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهم ما قيل بضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بماله قيمة وخلل بغير خلط شيء أما اذا دبغه بمالا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزال ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا حق المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ رحمهم الله صار الخمر ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند أبي حنيفة (٤٠٤) رحمه الله وعندهما أخذ المالك وأعطى ما زاد الملح فيه كافي دباغ الجلد وقوله

(قالوا) يشير الى أن ثمة قولاً آخر وهو ما قيل إن هذا والاول سواء لأن الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير اليها قوله (فهو) على ما قيل وقيل) بتكرير قيل إشارة الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فأراد المالك الى أن قال قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقوله (وهو) على أصله ليس باستهلاك أي أصل محمد رحمه الله فان أصله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضا أن خلط النبي بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فاذا أتلفه فقد أتلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المعصوب منه وقوله (هو) للغاصب في الوجهين) يعني ما اذا صارت خلا من ساعته

ثم قيل بضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك وقيل بضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بمالا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثر أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الأصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما أخذ المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطى مثل وزن الملح من الخل وان أراد المالك تركه عليه وتضمنه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند أبي حنيفة خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد أنه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلك له وهو غير متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لان خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه أتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه أتلف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن المالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أبتناها في كفاية المنتهى

المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك اغتار به عامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يهمل ذلك فكان السبب الأصلي لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه ألا يرى أنه لو دبغه بمالا قيمة له وكان هو لصاحبه بلا شيء كما ينبغي لم يكن للمالك تركه عليه وتضمنه القيمة عند أحد أصلا (قوله ثم قيل بضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك وقيل بضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ) يعني اختلف المشايخ في كيفية التضمن على قواها فاقوال بعضهم بضمنه قيمة جلد ذكي مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي صورة الاستهلاك وقال بعضهم بضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الشروح (أقول) ثمة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فان قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها ان قد قال المصنف فيما مر

أو بعد زمان وقوله (أجروا جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ومعناه أن بعضهم جأوه على الوجه الاول وهو التحليل بغير شيء كما تقدم وبعضهم أجروا على إطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها وهي التحليل بغير شيء والتحليل بالقاء الملح والتحليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما

قال المصنف (وعندهما أخذ المالك) أقول قال صاحب التسهيل يشك هذا بما مر من أصلهم وهو أنه اذا غيره بفعله حتى زال اسمه ومعظم منافعه بملكه فيضمن الضمان والخل كذلك زال اسم الخمر ومعظم ما يقصده من الأغراض بفعله وهو القاء الملح ونحوه فينبغي أن يأخذه ويمكن أن يقال كأنه تخلل بنفسه لان طبيعته أن يتخلل بنفسه والمخ امره بالانقباض بخلاف الخل انتهى ويمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافعه فان منافعها الغير المشروعة كالأمنافع



قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو من مارا أو دفا أو أراق له سكرًا أو منصفاهم وضامن وبه هذه الاشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب لله وفأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قوله ما والسكر اسم للذي من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة روايتان في التضمن والبيع لهما أن هذه الاشياء أعدت للعصية فبطل تقومها كالتحريم ولا يضمن ما فعل أمرًا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولا يضمن حنيفة أنها أموال اصلاحيها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقويم وجواز البيع والتضمن مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف بالبدالي الامراء لقد رتبهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمته غيرصالحة لله وكافي الجارية المغنية والكباش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبدان لخصي تجب القيمة غيرصالحة له هذه الامور كذا في خلاف في السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تلك عينه وان كان لو فعل جازوه - ذلك بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبًا حيث يضمن قيمته صليبًا لانه مقرر على ذلك قال (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة وقال لا يضمن قيمته لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهم امتقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

### كتاب الشفعة

في بيان أخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ فيه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وما وذلك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها فافادة الاختلاف المذكور والمالك واحد والله تعالى أعلم وأحكم

### كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تلك الانسان مال غيره بلارضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونة لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البيعات والأشربة والاجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانه قد ساقته ذكر كتاب الشفعة الى هنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ فلا وجه لقوله والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم اه (أقول) ليس هذا بسديد اذا الغصب لا يعم العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف حينئذ بل الغصب عندهما انما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في أوائل كتاب الغصب مفصلا ومشرحا وانما يتأتى عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعي كما مر أيضا ثم ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الا عظم وأماننا الثاني اذ لو كفي مجرد كون العموم محل اجتهد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة أيضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة في السفن أيضا عنده على ما صرحوا به وسأفنى في الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا) قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقسوله (أهراق له سكرًا) أي صبه يقال فيه هراق يهريق يتحريك الهاء وأهراق يهريق يسكونها والهاء في الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلامه الى آخره ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم بالصواب

### كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تلك الانسان مال غيره بلارضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونة

قال المصنف (لان المسلم ممنوع عن تلك عينه) أقول لعل المراد بالمنع هو الكراهة والله أعلم

\* (كتاب الشفعة) \*

لكن توفّر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والزارعات  
أو جب تقديمها وسببها اتصال ملك الشفع بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو المضم سميت  
بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفع وفي الشريعة عبارة عن تلك المروءة ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة أو جوار  
قال (الشفعة واجبة للخليط الخ) (٤٠٦) الشفعة واجبة أي ثابتة للخليط في نفس المبيع أي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب

والطريق ثم للعبار يعني  
الملاصق قال المصنف رحمه  
الله (أفاده هذا اللفظ ثبوت  
حق الشفعة لكل واحد  
من هؤلاء وأفاد الترتيب

الشفعة مشتقة من الشفع وهو المضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفع قال (الشفعة  
واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للعبار) أفاده هذا اللفظ  
ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

(قوله لكن توفّر الحاجة الى  
معرفته للاحتراز عنه مع  
كثرته الخ) أقول لكن  
ما ذكر في بيان وجه تأخير  
الغصب عن المأذون يعني  
عن بيان سبب تقديم الغصب  
على الشفعة ثم يمكن أن يقال  
في وجه التقديم أن الغصب  
بم العقار والمنقول بخلاف  
الشفعة والاعم يستحق  
التقديم (قوله من الاستحقاق  
في البياعات والاشربة الخ)  
أقول فيه بحث لأن يقال  
كلمة من للتعليل (قوله أو جب  
تقديمها) أقول الظاهر تقديمه  
قال المصنف (الشفعة مشتقة  
من الشفع) أقول يقال  
شفعت كذا بكذا اذا جعلته  
شعما به (قوله وفي الشريعة  
عبارة) أقول قال الاتقاني  
الشفعة عبارة عن حق  
التمليك في العقار يدفع ضرر  
الجوار انتهى ولعله أولى  
مما ذكره غيره من أنها ملك  
عقار (قوله على المشتري

الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم  
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد  
جاء في تفسير قوله تعالى لا أعذبه عذابا شديدا أي لا ألزمه صعبة الاضداد كذا في النهاية ومعراج الدراية  
ثم ان الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو المضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفع  
ومنه شفاع رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الطاهرين وفي الشريعة هي تلك  
البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه كذا في عامة الشروح والمتون الا أنه وقع في بعضها اتملك العقار  
بدل تلك البقعة وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وترك  
ذكره في الاكثر بناء على ظهوره (أقول) في الكل اشكال وهو أنه ان كانت حقيقة الشفعة  
في الشريعة هي التملك المذكور في عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقر عندهم وسيجيء في الكتاب  
من أن الشفعة تجب أي تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد وتلك بالاختصاص لها المشتري  
أو حكمها كما لان ذلك صريح في أن تحقق التملك في الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضي  
أو قضاء القاضي فان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقوله -م  
الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صفة اذا ثبتت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين  
عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي لا محالة فلم يوجد التملك أيضا فعلى تقدير  
أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وأيضا قد  
صرحوا بأن حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا فلو كانت الشفعة نفس  
الملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لأن يكون حكما للشفعة أما الاول فلا تله لاشك  
أن الما قصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تلك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو  
الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى مجال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم  
الشيء يقارن ذلك الشيء أو يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكما للشفعة  
على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك وأما الثاني فلا تله لثبوت الملك هو عين التملك في المعنى وحكم  
الشيء ما يغيره وبترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضا لان يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة  
نفس التملك فالظاهر عندى في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال  
ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار يدفع ضرر الجوار اه فانه اذا كانت حقيقة الشفعة  
في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يشدفع الاشكال الذي ذكرناه بمخذا فيه ويظهر ذلك  
بالتأمل الصادق ولعل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة ثم ان سبب الشفعة عند

بشركة أو جوار) أقول لعله لم يذكر قيد جبرا كلفاء عنه بكلمة على فانها تدل على الاستعلاء المنبئ عن الجبر قال عامة  
المصنف (الشفعة واجبة) أقول أي ثابتة وفي قول المصنف أفاده هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة اشارة اليه واطافة حق الشفعة بياتية  
قال المصنف (أفاده هذا اللفظ) أقول اللفظ مصدر في الاصل يتناول الكثير أيضا (قوله للشريك) أقول الام للاستحقاق  
كافي أمناه

أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم

عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل وهو ضرر سوء المعاملة والمعايشة وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاص رجحه الله تعالى يقول الشفعة تجب بالمبيع ثم تجب بالطلب فهو إشارة منه إلى أن كليهما سبب على التعاقب وأنه غير صحيح لأن الشفعة إذا وجبت بالمبيع لا يتصور وجوبها ثانياً بالطلب وذلك كرسخ الإسلام رجحه الله أن الشر كة مع البيع علة لوجوب الشفعة لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما قال ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط والشر كة علة وسبب فإن الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشر كة وحدها لصح التسليم قبل البيع لأنه يحصل بعد وجود سبب الوجوب ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولم يلزم بصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشر كة وحدها ليست بعلة والحاصل أن استحقاق الشفعة بالشر كة عند البيع أو بالشر كة والبيع وتأكد بها بالطلب وثبوت الملك في البقعة المشفوعة بالقضاء أو بالرضا كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية معزى إلى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها (أقول) يجوز أن يكون مراد الخصاص بقوله الشفعة تجب بالمبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالمبيع ثم يتأكد وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول إلى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهْدِنَا الصراط المستقيم من أن معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم يكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل تطاير هذا في كلام البلغاء أكثر من أن نحصى والعجب أن عامة ثقات المشايخ جملوا كلام ذلك الهمام الذي له يد طول في الفقه على المعنى الذي هو بين البطلان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف النمام (قوله أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول لقائل أن يقول هذا الحديث وإن دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة لشريك إلا أنه ينفي بعضه الآخر وهو ثبوتها لغير الشريك أيضاً كالجار الملاصق لأن اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد قصر المسند إليه على المسند كما تقر في علم الأدب ومثل بنحو قوله عليه الصلاة والسلام الأئمة من قريش سيما وقد أدخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريفاً في إفادة القصر كما في الحديث على ما قالوا فاتفق اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك وهو مذهب الشافعي فليتنامل في الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المزبور رأى ثبتت الشفعة لشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما إذا باع بعدهما فلم يبق للشريك الآخر حق لاني المدخل ولا في نفس الدار فينشأ لا شفعة اهـ واعترض بعض الفضلاء على قوله أما إذا باع بعدهما الخ ثم وجهه حيث قال هذا قول بفهوم الصفة ونحن لا نقول به إلا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية اهـ (أقول) كل من اعترضه وتوجيهه ساقط أما الأول فلا أن قول صاحب العناية وأما إذا باع بعدهما الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى ينتج عنه عليه أن يقال هذا قول بفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بياناً للواقع وأما الثاني فلا فهو كانت اللام الاختصاصية مدار التخصيص بمعنى القصر لزم أن يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضاً لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم أن يكون حجة علينا لأننا

والدليل على الأول ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم أي ثبتت الشفعة لشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما إذا باع بعدهما فلم يبق للشريك الآخر حق لاني المدخل ولا في نفس الدار فينشأ لا شفعة

قال المصنف (فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم) أقول قوله لم يقاسم لدفع احتمال المجاز إذا لشر كة بعد القسمة (قوله ثبتت الشفعة) أقول تكريهاً لكبر (قوله أما إذا باع بعدهما فلم يبق للشريك الآخر حق لاني المدخل ولا في نفس الدار) أقول هذا قول بفهوم الصفة ونحن لا نقول به إلا أن يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية (قوله فينشأ لا شفعة) أقول فيه شيء إلا أن يقال المراد لا شفعة للخلطة



(وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار أحق بالدار والارض ينتظره وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله ان كان طريقهم واحدا وقوله ينتظره وان كان غائبا يعني يكون على شفيعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقريره قبل معناه أحق به عرضا عليه المبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وان كان غائبا وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق قبل المبيع وبعده وقوله ينتظر تفسير بعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفيعته مدة الغيبة وهو قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسبقه قبل يارسول الله (٤٠٨) ماسبقه قال شفيعته وفي رواية الجار أحق بشفيعته والحديث الاول يدل على

ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار (وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الاثمة من قر يش فتتخصر الشفعة فيما يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه قوله (ولان حق الشفعة) دليل له معقول وتقريره أن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تلك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا

وقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظره وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسبقه قبل يارسول الله ماسبقه قال شفيعته ويروى الجار أحق بشفيعته وقال الشافعي لا شفعة بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تلك المال على الغير من غير رضاه

(قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظره وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) أي جار الدار أحق بالدار وجار الارض أحق بالارض وقوله ينتظره وان كان غائبا أي الشفيع يكون على شفيعته وان غاب اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقريره كذا قال تاج الشريعة ويقرّب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفيعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقريره اه قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به أحق به عرضا عليه المبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق فيكون أحق به قبل المبيع وبعده وقوله ينتظر تفسير بعض ما شمله كلمة أحق ولان ما روى عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن أرض بيعت لبس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار أحق بشفيعته فهذا يبطل ذلك التأويل اه وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظره بالطريق الاولى في كلامه بحث تأمله اه (أقول) المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا يدون الواو والذي ذكر في حاشية ذلك القائل أيضا تلك النسخة حينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر أن تكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظره بالطريق الاولى وأما على الرواية بالواو وهي الاكثر وقوعا في الشرع فلا محذور فيها أيضا لان معنى قوله ينتظره وان كان غائبا على ما بينوا أنه يكون على شفيعته وان غاب ولا شك أنه اذا كان على شفيعته حال غيبته فلا يكون على شفيعته حال حضوره أولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصل وهو التوقف في مهلة وكان المعنى ينتظره الى أن يجي هو ويفرغ من شفيعته تحققت الاولوية أيضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى أن يجي هو ويفرغ من شفيعته مع بعد زمان الانتظار فلا يجب الانتظار له الى فراغه من شفيعته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تأمل تفهم (قوله وقال الشافعي لا شفعة بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)

قال

(قوله ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار) أقول يشير الى أن قوله ينتظره جلة تفسيرية (قوله وان كان غائبا) أقول مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظره بالطريق الاولى في كلامه بحث تأمله قال المصنف (ويروى الجار أحق بشفيعته) أقول ينبغي أن يكون أحق صفة لا اسم التفضيل اذ لا حق في الشفعة لما دون الجار (قوله وانه قال فاذا وقعت الحدود والخ) أقول معطوف على قوله أن اللام للجنس الخ (قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا هو اذ حق كل منهما من المالك

وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما رويناه

لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا ولا دلالة اذا لم يكن في معناه من كل وجه (وهذا) أي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرر ورة دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله (في الاصل) أي فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم وبفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم أيضا وفيما لم يحتمل القسمة كالبيتر والجام (ولنا ما رويناه) من الاحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار رواء الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبة رواء البخاري وأبو داود

(قوله وهذا أي الجار يعني شفعة الجار الخ) أقول الاولى أن يقال أي محل النزاع

قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام الاثمة من قر يش فتتخصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اه (أقول) في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره فان معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك اه (أقول) فثبت لا يخفى تقريره على قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم اذا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالاته على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معاً أي من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المقام أن يقال وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجار الملاصق حقه مقسوم من يدينك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكتابة وبطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجار وذ كرا الحديث المذكور دليل على عدمه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجار بالذ كرا حيث قال ليس لتخصيصه اذ زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق أيضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبيتر والنهر اه ولكن يمكن أن يقال وجه تخصيصه ذلك بالذ كرا عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجار حيث قالوا وهذا أي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال أي الجار يعني شفعة الجار وسكت غيره هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا وفسر طائفة منهم الفرع في قوله دون الفرع بالجار أيضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني وأجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم (أقول) الحق الواضح عندي أن المراد بهذا الفرع كليهما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل أحد بأن الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بذلك البائع ولا صحة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا يستره به فعمامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضوعين عن سنن الصواب وأما صاحب العناية فقد أصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه أي الجار الا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس بتمام أيضا اذ لم يقل أحد أيضا بأن شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا أن يقدر مضاف آخر في قوله معناه أيضا فيصير المعنى ليس في معنى شفعته أي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى أنه

(ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصالاً تأييد وقرار) وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تأييد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسداً فانه لا قرار له لوجوب النقض دفعاً للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهراً اعتباراً أى الحاقاً بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لانه في معناه (لان الاتصال على هذه الصفة) يعنى اتصال التأييد والقرار (انما انتصب سبباً في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذا الجوار مادة المضار) (٤١٠) من ابقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار

لا اطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بملك الاصيل) يعنى الشفيع (أولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباءه أقوى) فيلحق به دلاله وحاصله أن الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع (قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فكفنه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه

ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصالاً تأييد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سبباً في دفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بملك الاصيل أولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباءه أقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

تعمل بعد تحمل بلا ضرر ورة داعية الى شئ منها فالحق ما قلته (قوله ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصالاً تأييد وقرار) قال تاج الشريعة كذا التأييد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احتراز عن المشتري شراء فاسداً فانه لا قرار له اذ النقض واجب دفعاً للفساد اهـ واقتضى أثره صاحب العناية ورد بعض الفضالاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحتز عنه اهـ (أقول) ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تملك المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فكان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولاً للدار المسكونة بالعارية أيضاً فصل بقوله اتصالاً تأييد احتراز عن مثل ذلك (قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع) قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهناً اهـ وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهراً اهـ وتبعه الشارح العيني (أقول) فيه بحث لان المستأجر وان كان له ملك في الدار المستأجرة من حيث المنفعة لان الاعارة تملك المنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كافي للمستعير على ما مر آنفاً الآن كلامهم ما قد خرج بقوله اتصالاً تأييد فيما قبل فبما قبل فبما في الاحتراز عن الاجارة مرة أخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال وأما المرتبة في الدار المرهونة لامن حيث الرقبة ولامن حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبيل قطع النظر عن قيد التأييد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا أصلاً والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار المورثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهراً فان في كل منها يتحقق الملك والتأييد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شئ منها (قوله لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباءه أقوى) قال بعض الفضلاء الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آباءه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة اهـ (أقول) المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر في حقه بازعاجه عن خطته الاصلية المتقررة أقوى فيعم ما كان ملكاً له بالشراء أو الهبة الا أنه عبر عن أصالة خطته وتقررها باضافتها الى آباءه مبالغة في بيان أصالتها وتقررها وبناء على ما هو الأكثر وقوعاً في العادة فأخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه (قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعي لان مؤنة الضرر تلزمه في الاصل دون

(قوله وقوله تأييد احتراز عن المنقول) أقول ليس للمستعير ملك حتى يحتز عنه ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الاجارة) أقول فيه أنه ليس للمستأجر والمرتهن

منه في رقبة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنهما ثم ليس فيهما اتصال تأييد الا أن يقال المراد الدار المجعولة الفرع أجرة ثم أقول واحتراز بهذا القيد أيضاً عن المورثة والموهوبة والموصى بها قال المصنف (لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباءه أقوى) أقول الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آباءه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة (قوله والحاصل أن الاصيل دافع والدخيل رافع) أقول فيه أن الاصيل رافع لملك المشتري وهو دافع قال المصنف (وضرر القسمة مشروع الخ) أقول اذا حل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شئ مما يتوهم ورود



وتقرر بالاجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المسترعى من غير رضاه ولم يذ كر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض وقد أجاب بهضهم ( ٤١١ ) بأن قوله عليه الصلاة والسلام

الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا نجب الشفعة وانما نفي الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشك أنه هل يستحق بها الشفعة أولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها

( قوله لتحقيق ضرر غيره وهو التملك ) أقول قوله هو راجع الى الضرر ( قوله لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين ) أقول الاصل في اللام اذا لم يكن ثمة معهود أن يحمل على الاستغراق كما بين في الاصول وقد سبق أن استدلاله على مطالوبه بهذا الطريق ( قوله وذلك يقتضي الى قوله

الفرع يعني أن التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره مشروع وهو علك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذ كر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض اه ( أقول ) هذا عذر بارد بل كاستدلال كون الحديث الذي استدل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان في أحد الجانبين ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف في علم أصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك بخلاف ما عداه فلا بد من الجواب اما بيان الرجحان فيما رويناه أو بيان المخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا أن يقال يكفينا دليلنا العقلي عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الزام لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا نجب الشفعة اه ( أقول ) في كل من هذين الجوابين نظر أما في الاول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بأنه تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام في الشفعة للجنس اعدام المعهود فيقتضي قصر الشفعة على ما لم يقسم كما في قوله عليه الصلاة والسلام الاثمة من قريش وقد صرحوا به في أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب أن أداة القصر تدل على نفي ما عدا المذكور فالاولى في الجواب عنه ما ذكرناه من أربعة وهو أن الالف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم في البلد فلان وان كان فيه علماء واذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث أقوى الأسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اه وأما في الثاني فلان حصول الزام للشافعي بقوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذكور في الجواب المزبور ممنوع فان الشافعي وان قال بمفهوم المخالفة الا أن له شرائط عنده منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم على ما عرفت في الاصول فله أن يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه اذا كان الطريق واحدا نجب الشفعة ولئن سلم حصول الزام له بذلك فلا ينبغي أن يقال انه مشترك الزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما بانأيا ولو كنا ملزمين بذلك في هذه المسئلة فما الفائدة لنا في كون الشافعي أيضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعلى هذا لم يقع التعبير بأنه مشترك الزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما أشير اليه في الكافي وذكروا في كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز أن يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد

نجب الشفعة ) أقول لا اعتبار لمفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لا اعتبار له شرائط واجتماعها ممنوع هنا ولعل ذلك صرف الطريق لكونه موجودا غالبا عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فليتأمل ( قوله وانما نفي الشفعة في هذه الصورة ) أقول أي في صورة القسمة

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والشرع يحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مريحا قال (وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) لماذا كررنا أنه مقدم

نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة ١٤ لا يمار ويناه أي جعابين ذلك الحديث وبين ما روينا أو معناه فلا شفعة بسبب القسمة الخاصة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بموازاة ذلك الوهم وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما لاثبات المذكور ونفي ما عداه وأجيب عنه بعبارة مختلفة قال في الكافي والكفاية وانما قد تقتضي تأكيده المذكور لاني غير المذكور قال الله تعالى انما أنت منذر اه وقال في النهاية وكلمة انما قد تنجي لاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العالم في البلد يبدأ الكمال فيه والمشهور به زبدولم يرد به نفي العلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يراجع غيره فكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اه وقال في البدائع اما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غيره المذكور قال الله تعالى انما أنا بشر مثلكم وهذا لا ينفي أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم اه (أقول) فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقر في علم الادب أنه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصود في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم مدلول أنا والمقصود عليه هو البشرية ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات المذكور ونفي غيره المذكور هو المقصور عليه اذ بانبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى فقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم لا يدل على أن لا تقتضي كلمة انما نفي غيره المذكور الذي هو المقصور عليه لان المقصور عليه في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم انما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس لا بحالة وقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشرا مثلهم يقتضي على أن يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعاً (قوله) وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكاً في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكاً في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اه واقني أثره الشارح العيني (أقول) ان كان مرادهما مؤاخذاً المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب هين فانه لما وقع في الحديث الشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط اذ لا معنى ليكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والاخر على نوع آخر منه ثم لما كانت منزلة الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه (قوله) قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) أقول لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتأكيده أن قال فيسببه الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم الجار فان ذلك كما أقاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء فاد الترتيب أيضا

(والدليل على الثاني) أعني على الترتيب (قوله صلى الله عليه وسلم الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع) قال المصنف رحمه الله (فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله (ولان الاتصال دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله) (ولان ضرر القسمة) يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر رمونة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة الاستحقاق صلح مريحا لأن الشرع يرجع ابداً انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق قال (وليس للشريك في الطريق والشرب الخ) اذ اثبت الترتيب ثبت أن المتأخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية

فان سلم فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طالب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع لم يمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وأبو يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذ ذلك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لان اتصاله أقوى لان المنزل من حقوق الدار وهو مرفق به ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها والبقعة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك

( ٤١٣ )

في حكم شيء واحد فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع والرواية الأخرى أنه والجارسواء في بقية الدار ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التفسير المذكورة له والقراح من الارض كل قطعة على حالها ليس فيها شجر ولا شائبة شجر

قال المصنف ( ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل الخ ) أقول والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الاخ لأب مثلا اذا أسقط الاخ لأب وأم حقه مع تقرر السبب في حق الكل وهو الاخوة أن الميراث ملك اضطراري لا يسقط بأسقاط العبد بخلاف حال الشفعة وبالجمله أنا لان سلم أنهم مجبونون به بل له حق التقدم فقط

قال ( فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار ) لما بيننا من الترتيب والمراد به هذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى لانهم مجبونون به ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف لان اتصاله أقوى والبقعة واحدة ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام

كما صرح به صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة في افادة التأخير وليس للتأخير في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بل لا ريب ( قوله فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار ) لما بيننا من الترتيب أقول لتعليل هذه المسئلة بقوله لما بيننا من الترتيب غير تام لان ما بيننا من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وبسببه يجوز أن يكون المتأخر مجبوا بالتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتأخر شيئا عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وإنما يكون التعليل المذکور تاما لو كانت المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب فان لم يوجد هذا أيضا أخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لاحتمال المناصب أن يترك التعليل المذکور ههنا ويكتفى بما سياتي من قوله ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الخ ( قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار ) قال في العناية أخذنا من النهاية مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه ( أقول ) في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه ( قوله والبقعة واحدة ) يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع أحق ببعضها كنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها قال

فتأمل ( قوله وفي بيت منها شركة ) أقول فرق بين البيت والمنزل على ما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يقال المراد البيت مع توابعه ( قوله أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع ) أقول الأولى أن يقول الموضع الذي بعضه مشترك بينهما والا فآخر كلامه يخالف ظاهر أوله ( قوله فاذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع ) أقول هذا يشمل الشركة في حقوق الدار كالطريق مثلا كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت الى الطريق العام وفي جانب آخر من الدار طريق خاص فيها شركة لرجل آخر فاذا بيعت الدار فالذي له شركة في البيت مقدم على من له شركة في الطريق مع أن هذا الدليل ينتظمهما والامر فيه سهل كما لا يخفى اذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار وهو حاصل بهذا الدليل



وذكر استحقاق الشفعة في السكة وأحاله على ما ذكر في كتاب القضاء وهو قوله لأن فتحه للورود لاحق لهم في المورد وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب بتلازمان فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه) يعني قوله وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز الطريق فله ذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع أرض منصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر لأهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسألة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن العلة هي الشركة في العقار قال (وإذا اجتمع الشفعاء الخ) إذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافاً للشافعي رحمه الله فإذا كان الدار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر ثلثها ولا خسر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى بينهما بذلك نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أثلاثاً بقدرة ملكهما لأن الشفعة من مرافق الملك لأن التكميل منفعة وكل ما هو كذلك فهو مقرر بقدر الملك كالريح والغلة والولد (٤١٤) والثمره ولنا أنهم تساوا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ألا يرى أنه لو انفرد

واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق بوجوب التساوي فيه لا محالة لثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكثر اتصالاً فاني يتساوى بان أحاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة لأن الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع وال ترجيح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرة ولا قوة ههنا أظهر ولا أخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحاً لما استحق

وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلا هاهنا الشفعة خاصة دون أهل العليا وان بيعت للعليا فلا هاهنا السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفعي شركة ولكنه شفعي جوار) لأن العلة هي الشركة في العقار بوضع الجذوع لا بصير شركاء في الدار إلا أنه جار ملازق قال (والشريك في الحصة تكون على حائط الدار جار) لما بينا قال (وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الأملال) وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لأن الشفعة من مرافق الملك ألا يرى أنها التكميل منفعة فأشبهه الرج والولد والثمره ولنا أنهم استوا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة وال ترجيح بقوة في الدليل لا بكثرة ولا قوة ههنا أظهر ولا أخرى بمقابلتها وعملك ملك غيره لا يجعل غرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهاها

صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اه (أقول) فيه خلل لأن الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفعي جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المزبور وأيضاً قوله فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع انما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع فكان بين أول كلامه وآخره تناقض

شأن المرجوح يدفع في مقابلة الراجع وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد لا يخفى فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الأفراد يستحق الجميع وإذا انضم إليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فإنه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنات وأجيب بأن الهيئة الاجتماعية مطلقاً تستلزم ذلك أو التي لم تجتمع من علتين مستقلتين والاول مخدوع والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية منهما لا تستلزم زيادة والارز ترجيح بكثرة العلة وليس يصح ألا ترى أن الشاهدين والاربعة سواهم لم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع في الابن علتان ان ضمت احدهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في عصبونته يجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان وقوله (وتملك ملك غيره) جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب فإنه التمكن من تملك جارية ابنه ولا بعد ذلك من ثمرات ملكه

(قوله وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد الخ) أقول وههنا أيضاً كذلك فإنه عند الاجتماع لا يستحق الجميع (قوله يعني أن التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب الخ) أقول فيه بحث

(قوله ولو أسقط بعضهم) يعني وإذا اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده فإن كان قبله فالشفعة للباقي في الكل على عددهم دون أنصبتهم كما تقدم لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتفاص كان للزوجة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائباً بقضى به بين الحاضرين على عددهم لأن الغائب له لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وإن قضى الحاضر بالجميع ثم حضراً آخر وطلبها بقضى له بالنصف فإن حضر ثالث فمثلت ما في يد كل واحد منهم مما تحقه بالتسوية وإن كان بعد القضاء له فليس للأخر أن يأخذ إلا النصف لأن القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمضى عليه (٤١٥) في قضية لا يصير مقضياً له فيها ولا فرق في هذين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم أي أصبر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف وهو مسئلة الكتاب لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لأنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه

لا يخفى (قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده) أقول كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية فإن مجيء الباء بمعنى بعد لم يذ كر في مشاهير كتب العربية فالظاهر أن تكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع لصاحبه والمقارنة فانه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الأدب والمعنى المقصود ههنا يحصل به أيضاً بلا كلفة كاللا يخفى على الفطن المتأمل فلا مقتضى للعدول عنه (قوله لأنه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح أرفى قوله لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بنسبتها للشرى في حقوق المبيع والجوار لتحقيق ذلك اهـ (أقول) في قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لأنهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقيق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضاً لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعاً وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بعد خلية اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلة البيع أيضاً فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل ثم قال صاحب العناية ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اهـ (أقول) انصائل

المبيع والجوار لتحقيق ذلك ورد بأنه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اهـ (أقول) انصائل

المبيع والجوار لتحقيق ذلك ورد بأنه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد اهـ (أقول) انصائل

(قوله لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل إلى قوله والضرر إنما يتحقق في الخ) أقول فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز) أقول قوله هو راجع إلى كلام

(قوله والوجه فيه) أي في هذا التأويل (١٦) (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر خفي لا يطلع عليه

وله دليل ظاهر وهو البيع في مقام مقامه والحاصل أن الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك فأنتم مقامه بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع باقرار البائع به صرح أنه يأخذه وإن كذبه المشتري ونفوض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بأن في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الخيار فإنه يجزئ عنه انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك إذ غرض الواهب المكافأة وله إذا كان له الرجوع فلا يقطع عنه حقه بالكلية قال (وتستقر بالاشهاد) للشفعة أحوال استحصال وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالاشهاد وهو يعتمد الطلب ولا بد من طلب الموأنة أي من طلب الشفعة على المسارعة قضى في الطلب إلى الموأنة لتلبسه بها لأنه أي الشفعة ذكر الضمير تطرا إلى حق يبطل بالأعراض قال عليه الصلاة والسلام الشفعة كل العقال إن قيد هائيت وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل

والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها وهذا يكتفي بنبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه قال (وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب الموأنة) لأنه حق ضعيف يبطل بالأعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه

أن يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب فإذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فلم يزم أن لا يكون الواجب متأديا بأداء الزكاة قبل الحل لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال في إسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل مع أن المصريح به في موضعه خلاف ذلك \* ثم أقول يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب في قوله أن ذلك شرط الوجوب وجوب الاداء دون نفس الوجوب فإن نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب النامي وحولان الحل انما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به في كتاب الزكاة وكذا حلول الأجل في الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها واللازم أن لا يتحقق وجوب الاداء قبل الحل وقبل حلول الأجل ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا بأداء الزكاة قبل حلول الحل وبأداء الدين قبل حلول الأجل والمصريح به في موضعه انما هو تأدي الواجب بنفس الوجوب لا غير (قوله والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أي يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال والوجه فيه أي في هذا التأويل ونسبه العيني (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذي ذكره المصنف بقوله ومعناه بعده لأنه هو السبب في جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القدروري أن البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة إلى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بأرجاع ضمير فيه إليه بل لا وجه له عند التحقيق لأن المصنف عمل تأويله المذكور بقوله لأن سببها الاتصال على ما بيناه فقام معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق أن قوله والوجه فيه الخ متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف أنه إذا كان في عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا أيضا فعل ذلك (قوله وهذا يكتفي بنبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه) أقول فيه تأمل إذ قد تقرر فيما مر أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هي دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر أن ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لأنه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري لأن البائع أصيل كالشفيع فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال في العناية ونفوض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بأن في ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فإنه يجزئ عنه انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لأن غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا يقطع عنه حقه بالكلية انتهى (أقول) في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لأنه إن كان مدار ذلك على مجرد كون غرض الواهب المكافأة لا يستقيم أصلا فإن كون غرضه المكافأة لا ينافي رغبته

عن

على أنه أعرض عنه أو دام عليه والاشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما

(قوله اذ غرض الواهب المكافأة) أقول فيه شيء فإنه لا يتشبه ذلك في الهبة للقريب المحرم وفي أخذ الواهب العوض



ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالشهاد قال (وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي أو قضاء القاضي كافي الرجوع والهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك ثم قوله يجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

عن ملكه ألا يرى أن غرض البائع أيضا المكافاة بالثمن مع أنه لا ينافي في رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكرنا وان كان مداره على صحة الرجوع الواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكتابة لا يدفع النقص بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم أولز وجهته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد اذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصورة لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكتابة كانهقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفعة فيها فبقى النقص بها (قوله ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالشهاد) أقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا أنكر المشتري طلبه وأما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا تبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت هذا مشير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولانه يحتاج اليه الى آخره (قوله وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) أقول في عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين أحدهما أن قوله أو حكم بها الحاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الاخذ فكان الاخذ معتبرا في التسليم فلزم أن يكون معتبرا في حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر في علم الادب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله أو حكم بها الحاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال في شرح الكنتالزيلي أي تلك الدار المشفوعة بأحد أمرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوفاة وتلك بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم بثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال وهو أي التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاخذ في قضاء القاضي أيضا وثانيهما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري دائما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بأنه يكتفي بثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام أن يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم تبصر

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالشهاد وتلك وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله (وتظهر فائدة هذا) أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت أخذ الدار بأحد الأمرين المذكورين وقوله (يعني في الصورة الاولى) اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا تورث عنه وقوله (في الثانية) يعني اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله (في الثالثة) يعني اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله (ثم قوله يجب بعقد البيع) يعني قول القدوري رحمه الله والله أعلم

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما ثبتت الشفعة بدون الطلب (٤١٨) شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه قال (واذا علم الشفيع بالبيع) كلامه ظاهر

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال (واذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته وعلى هذا إجماع المشايخ وهو رواية عن محمد ودعوه أن له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية أخذ الكرخي لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في الخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أولا حول ولا قوة إلا بالله أو قال سبحان الله لا تبطل شفعته لأن الأول جدد على الخلاص من جواره والثاني تجب منه لقصد إضراره والثالث لا فتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لثني التجاحد والتقيد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما ثبتت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح (أقول) هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشرط الأول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذكر الشرط الثاني منه ما وهو قوله والخصومة فيها واعمل وجهه أنه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرعا في بيانها أيضا أصالة (قوله اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضيف بطل بالأعراض فلا بد من الأشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه (أقول) فاقائل أن يقول ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب الموائبة بدل أيضا على لزوم الأشهاد فيه حيث قال فلا بد من الأشهاد والطلب وسيأتي التصريح منه بأن الأشهاد فيه ليس بلازم انما هو لتقي التجاحد والجواب أن المراد بالأشهاد المند كور هناك هو الذي في طلب التقرير بدون طلب الموائبة يرشد إليه تقديم الأشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الأشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالأشهاد هناك هو الأشهاد على طلب الموائبة لكان ذلك كراهية لطلب الموائبة لغيره لا بد من الأشهاد على طلب الموائبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب ويدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالأشهاد إذا الشفعة لا تستقر إلا بعد طلب التقرير والأشهاد على مقتضى ما سيأتي في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها) أقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لأنه ان كان مداره على نفي الشفعة عن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لانقول بمفهوم المخالفة فكيف يكون حجة انما وان كان مداره على أن لام الجنس في الشفعة ولا م الاختصاص في لمن واثبها تدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحمد لله ان لا محي الجنس والاختصاص دلنا على اختصاص الحمد بالله تعالى فبرد علينا النقص بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة أشرك لم يقاسم كاذ كرفي صدر هذا الكتاب اذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضا على نفي الشفعة عن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضا كالحار الملاصق فتأمل (قوله والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لثني التجاحد) قال صاحب النهاية وذلك

لا يحتاج إلى بيان سوى ألفاظ تنبيه عليها (طلب الموائبة) معنى بها تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله وهو أن يطلبها كما علم) أي من غير توقف سواء كان عندما انسان أو لم يكن وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضيف وقوله (والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لثني التجاحد) يعني ربما يجهل الخصم فيحتاج إلى الشهود وتحقيقه أن طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما بشرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط

باب طلب الشفعة

قال المصنف (لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في الخيرة) أقول بتحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك بدل ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهو ذامنه كذا في شرح الكاكي والفارق ظاهر فان الشفيع لا يملكه بطلب الموائبة فقط بل بالآخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي فله بعد طلب الموائبة زمان التأمل بخلاف المشتري عند إيجاب البائع والخيرة

وقوله ( بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة ) قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل اقر وى بيع ارض بجنب ارضك فقبل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صححا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة واخذتها بطلت شفعتها لان كلامه وقع كدبا في الابتداء فكان كالسكوت والصحيح انه لا يبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال لو قال اطلب واخذ ( ٤١٩ ) بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره

المصنف وقوله ( وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ ) اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي وأراد بأخواته المولى اذا أخبر بجنابة عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها وقوله ( بخلاف المخيرة اذا أخبرته عنده ) أى عند أى حنفية يعنى أن المرأة اذا أخبرت بأن زوجها أخبرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان الخبر أو غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والافلا لما ذكر أنه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه أحد شرطى الشهادة

قال المصنف ( لان الاعتبار للمعنى ) أقول والمعنى المراد من الاول انشاء الطلب لا الخبر منه ليكون كدبا وكذا الثانى وليس بعده على ما زعموا قال المصنف ( ويشهد على البائع الخ ) أقول قال الاتقاني وينبغى أن يذهب الى أقصرهم حتى لو

بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أطلبها الان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الا الشهادة حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أى حنفية وقال لا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صيبا كان أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا أخبرته عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا أخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثانى طلب التقرير والشهادة لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرناه ولا يمكنه الا الشهادة ظاهرا على طلب الموائبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الا الشهادة والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ( ثم ينهض منه ) يعنى من المجلس ( ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده ) معناه لم يسلم الى المشتري

لان طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والشهادة ليس بشرط فيه اه واقتضى أثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال ونحققه أن طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والشهادة في ذلك ليس بشرط اه ( أقول ) لقائل أن يقول طلب التقرير والشهادة أيضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وانما الذى لاثبات الحق طلب الخصومة مع أن الشهادة في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والشهادة فيما بعد فكان ذلك الوجه الذى عده صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الا الشهادة في طلب التقرير كالتزوي فان قلت لزوم الا الشهادة في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالشهادة كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسيأتى ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والشهادة في هذا الباب قلت ذلك انما يكون وجهها للزوم الا الشهادة في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذى ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الا الشهادة في طلب الموائبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضا كلاما لانه ان أريد أنه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي كأن اعترف به الخصم فهو ممنوع وان أريد أنه يحتاج الى اثباته عند التجار فكذلك الحال في طلب الموائبة أيضا \* ثم أقول يمكن أن يمنع لزوم الا الشهادة في طلب التقرير أيضا بناء على ما ذكره الامام قاضى خان في فتاواه حيث قال وانما سمي الثانى طلب الا الشهادة لالا أن الا الشهادة شرط بل يمكنه اثبات الطلب عند جود الخصم اه فانه يدل على أن الا الشهادة في طلب التقرير أيضا ليس بلازم بل انما هو لتفى التجار كما في طلب الموائبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الا الشهادة على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول اه فحينئذ كان الوجه الذى ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى ( قوله وقال لا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صيبا أو امرأة اذا كان الخبر حقا ) أقول في التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب الوثوق باخبار مخبره والتظاهر أن مدار

ترك الاقرب وذهب الى الابد وأشهد على الطلب يبطل حقه قالوا هـ اذا كان على طريق واحد فاما اذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الابد لانه ربما يكون به عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر كذا في شرح الكافي اه ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع اذا ترك الاقرب وطلب عند الابعد فان كان الشفيع أو الابعد خارج المصر تبطل الشفعة وان كان كلاهما في المصر لا تبطل استحضانا اه



وقوله (أوعلى المبتاع) يعني المشتري (أو عند العقار) قال شيخ الإسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب الموائبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب الموائبة (٤٣٠) بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار أما اذا سمع الشراء

بحضرة أحدهما فطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الأبعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحصانا لان نواحي مصر جعلت كناية واحدة ولو كان أحدهم في مصر والآخران في مصر آخر أو في رستاق هذا المصر فترك الأقرب الى الأبعد بطلت قياسا واستحصانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة أحدهما ولا حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفيعته وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم أجعوا على أنه اذا تركه بمرضى أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفيعته وان طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد يعني أن الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفيعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم

(أوعلى المبتاع أو عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفيعته) وهذا لان كل واحد منهما ما خصم فيه لان الاول اليد والثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصما اذا لا بد له ولا ملك فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديد المدة لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسند كركيفينه من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وقال محمد ان تركها شهر ابعده الاشهاد بطلت) وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف انه اذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقد رناه بشهر لانه أجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كافي سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكك بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلد فاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا

الوثوق باخبار محبته فيما اذا كان طريق العلم منحصر في الاخبار هو حال الخبر كعدالة وتعدده عما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطاعندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فاما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا أخبره واحد مطلقا يكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان أفاده مثل ذلك الاخبار العلم تعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للتعلق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر ثم اعلم أنه مما يجب التنبيه له أن المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب الموائبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والابتنان أن يكون قوله ههنا يجب عليه أن يشهد منقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج السريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا لا يناقض قوله يجب عليه أن يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب الموائبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اهـ وسأني تطير هذا في الكتاب في أول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفيعته حل عامة الشراح الاشهاد المذكور هناك على نفس طلب الموائبة لثلاث مخالفات ما ذكره المصنف من قبل وذكر في الذخيرة وغيره ما يضمن أن الاشهاد في طلب الموائبة ليس بلازم وانما هو لتفي التجاحد (قوله وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول في هذا التصور يرفع تقصير لانه انما يتمشى فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان الإشارة بهذه الدار انما تتصور في هذه الصورة والمذكور فيما قبل مجموع الاقسام الثلاثة للاشهاد أعني الاشهاد على البائع أو على المشتري أو عند العقار اللهم

الضرر فكلا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع اذا كان غائبا علم بالشراء فانه ينبغي أن يطلب طلب الموائبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى أحد هذه الاشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفيعه

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي الخ) هذا هو الموعد بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر (قوله لا اختلاف أسبابها) لانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محبوب بغيره أو لا ويرى ما طن ما ليس بسبب كالجوار المقابل سببا فانه سبب عند شريح اذا كان أقرب بابا فلا بد من البيان وقوله (تم دعواه) قيل لم يتم بعد بل لا بد أن يسأله فيقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد اذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت (٤٣١) الى دعواه وعليه الفتوى وهذا

لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير وقيل سأله ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت وأخبرت من غير لث سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم صح دعواه ثم يقبل على المدعي عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه إقامة البينة لان البدن ظاهر لا يمكن أن يكون بدمك واجارة وعارية والمحملة لا يمكن لاثبات الاستحقاق فان أقام فقد نور دعواه وان عجز استخلف المشتري بطلب الشفيع انه لا يعلم أن الشفيع مالك الذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه أمر الو أقرب لزمه فاذا أنكره لزمه البين على العلم لكونه استخلفا على ما في بدعيه

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعي عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه بإقامة البينة) لان البدن ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رحمه الله يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعي عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقها فصار كما اذا ادعى رقبته واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفيعته لا اختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بداري تلاصقها الا أن تم دعواه على ما قاله الخصاص وذكري في الفتاوى تحدد هذه الدار التي يشفع بها أيضا وقد ينسأ في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فان عجز عن البينة استخلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك الذي ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ثم هو استخلف على ما في يده فيحلف على العلم (فان نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فيه بذلك سأله القاضي) يعني المدعي عليه (هل ابتاع أم لا فان أنكر الابتاع قيل للشفيع أقم البينة) لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحنة قال (فان عجز عنها استخلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكري الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلف على البينات لانه استخلف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصاله وفي مثله يحلف على البينات

الا أن يكون المراد مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التقصير حقيقة فالاول الجامع للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار بدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وأنا اطلبها الا أن أيضا فاشهدوا بذلك أو يحضر المشتري ويقول هذا مشتري من فلان دار التي حدودها كذا وأنا شفيعها بالجوار الى آخر ما ذكرنا أو يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان دار التي حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا (قوله واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفيعته لا اختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بداري تلاصقها تم دعواه) قال صاحب العناية قيل لم يتم بعد بل لا بد أن يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد رجحما الله اذا طاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت اذا أخبرت من غير لث سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل

فان نكل ثبت دعوى الشفيع فيعد ذلك يسأل الحماكم المدعي عليه هل ابتاع أم لا فان أقر فذاك وان أنكر قيل للشفيع أقم البينة فان أقامها فذاك (وان عجز عنها استخلف المشتري على انه ما اشتراه أو ما يستحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره) هذا على الحاصل والاول على السبب وذكري الاختلاف فيه (يريد ما ذكره في فصل كيفية البين والاختلاف من كتاب الدعوى

(قوله وعليه الفتوى) أقول الفتوى على قول محمد في أنه اذا طالت المدة لا يلتفت القاضي الى دعواه (قوله وهذا لا يلزم المصنف الخ) أقول أشار الى قوله ثم يقول له متى أخبرت بالشراء الخ (قوله لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير) أقول لا على قوله ما حتى يلزم السؤال عن زمان الاخبار (قوله سأله عن طلب الاشهاد) أقول الظاهر أن يقال عن طلب المواثبة

قال (وتجوز المنازعة في الشفعة الخ) وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بها لزمه احضار الثمن قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الاصل) ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضى بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته ان مات (وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع قد يكون مفلسا فيستوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري) والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد أضر بنفسه عن اختيار فلا يتطرله بإبطال ملك المشتري وانما يتطرله بآثبات ولاية حبس المبيع فأما المشتري ههنا فلا يزال ملك نفسه عن اختيار ليعال أضر بنفسه قبل وصول الثمن (٤٣٣) اليه بل الشفيع يملك عليه كرهه فادفع الضرر عن نفسه وانما يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة اذا ما طل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء به يتمكن المشتري من المطالبة (واذا قضى له بالدار فله مشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبسه فيه فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع اليه الثمن لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة) ولا يسمع القاضي البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بعشده منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل الهدية عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضى به مال الشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر بحضور البائع لانه صار أجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بعشده منه إشارة الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقتضى بالفسخ عليه

كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه (أقول) القائل صاحب النهاية أخذ من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارتهم في النقل وأفسدوا عبارتهم كانت هكذا ثم اذا سأله عن طلب الموائبة فقال ما لبثت حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد هل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذي طلبت بحضوره هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين أن الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عباراتهم وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لانه عبر عن طلب الموائبة بطلب الاشهاد حيث قال وقبل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك أن اطلاق طلب الاشهاد على طلب الموائبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما أحطت به خبرا في أقسام الطلب وأيضا قد قبل فيما قبل سأله متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية أيضا فيما قبل فعلى تقدير أن يقال ههنا ثم بعد

قال (وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع عساه يكون مفلسا فيستوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره (واذا قضى له بالدار فله مشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة) ولا يسمع القاضي البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بعشده منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل الهدية عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضى به مال الشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر بحضور البائع لانه صار أجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بعشده منه إشارة الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقتضى بالفسخ عليه

كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه (أقول) القائل صاحب النهاية أخذ من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارتهم في النقل وأفسدوا عبارتهم كانت هكذا ثم اذا سأله عن طلب الموائبة فقال ما لبثت حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد هل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذي طلبت بحضوره هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين أن الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عباراتهم وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لانه عبر عن طلب الموائبة بطلب الاشهاد حيث قال وقبل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك أن اطلاق طلب الاشهاد على طلب الموائبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما أحطت به خبرا في أقسام الطلب وأيضا قد قبل فيما قبل سأله متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية أيضا فيما قبل فعلى تقدير أن يقال ههنا ثم بعد

لان اليد له وهي يد مستحقة أي معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي الثمن ولو ملك في يده ملك من ماله وانما قال ذلك احتراز عن بد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الا أن الحاكم لا يسمع البيعة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بعشده منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل الهدية عليه وهذه جملة قضايا كما ترى أما كونه خصما فقد بيناه وأما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسمع البيعة فلهما تبين اشتراك في احدهما مع البائع وتفرده بالآخرى وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله (لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضى به مال الشفيع) عليهما ما لا بد من حضور القاضي عليه للقضاء (بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت) فان حضور البائع اذذاك غير معتبر لصبر ورثته أجنبيا لم يبق له ملك ولا يد وأما ما تفرده فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقتضى بالفسخ عليه)



ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لأن نقض البيع انما هو لأجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجهه النقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الاضافة) لأن قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع وإذا كان ممتنعاً فالغرض من الشراء هو الانتفاع بالبيع فاحتاج الى الفسخ لأن الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها لكنه يبقى أصل البيع أعني الصادر من البائع وهو قوله بعث مجرداً عن اضافته الى ضمير المشتري ليعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد الى موضوعه بالنقض كذا كرناه (فيتحيل لبقائه بتحويل الصدقة الى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البائع) وهذا لأن الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر لهدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا تتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعض - هم تنتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآه لكن لذلك كما سيأتي ولما كان له أن يرد الدار إذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على أن البائع يرى من كل عيب يمكن له ذلك والجواب

(٤٣٣)

أن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه من العيب وانما يعتبر في حق المشتري بعرض لم يوجب دفع الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحوط الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظراً الى الأصل (قوله فلهذا) أي فتحويل الصفقة اليه (يرجع بالعهد على البائع) لأنه تابع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما اذا قبضه المشتري) فأخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض قال (ومن اشترى داراً الغيرة فهو الخصم للشفيع) لأنه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال (الأن يسلمها الى الموكل) لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه لأنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم

ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ لأنه يبقى أصل البيع ليعذر انفساخه لأن الشفعة بناء عليه ولكنه تحول الصفقة اليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهد على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال (ومن اشترى داراً الغيرة فهو الخصم للشفيع) لأنه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال (الأن يسلمها الى الموكل) لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه لأنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم

ذلك سأل عن طلب الاشهاد و مراده طلب المواثبة بصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة أنه عن طلب المواثبة لأن سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب المواثبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب المواثبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سأل عن طلب المواثبة سأل عن طلب الاشهاد كما وقع في عبارتهم فانه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فان الكلام انذاك ملق في صورة الشرطية فقدمها وهو قولهم اذا سأل عن طلب المواثبة اشارة الى ما ذكرنا فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم (قوله ومن اشترى داراً الغيرة فهو الخصم للشفيع) لأنه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه) أقول هذا التعليل يجري بعينه فيما اذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فكان ينبغي أن يزداد عليه قيد

فهو الخصم الخ) المشتري اذا كان وكيلاً فاما أن يسلم المبيع الى موكله قبل الخصومة أو لا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع (لأنه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والاخذ بالشفعة من حقوقه) وان كان الاول فالموكل هو الخصم (لأنه لم يبق له يد ولا ملك) وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل لأنه يجري بينه مابعدالة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعاً شرطاً في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم أجاب المصنف بقوله (الأنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائباً عنه (فيكتفي بحضوره) والبائع عنه ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفي بحضوره

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول كالموكل اذا عاك المشتري من الوكيل بتحويل الصفقة فانه لا يثبت له خيار الرؤية اذا لم يثبت توكيله (قوله بتحويل الصفقة الى الشفيع) أقول وأما مسألة الوكيل فان الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ورضي بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضرراً مرضياً بتوكيله فلم يكن له الرد بخلاف الشفيع

(قوله وكذا اذا كان البائع وكسلا) ظاهر وقوله (وكذا اذا كان البائع وصيا) يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا وقيد بقوله (فما يجوز بيعه) احتراز عما (٤٣٤) لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الوصي

يبيع التركة اما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم وقوله (واذا قضى القاضي للشفيع بالدارالخ) ظاهر وقد ذكرناه ايضا  
**فصل في مسائل الاختلاف** لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الخ) الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه (لان الشفيع يدعى على المشتري استحقاق الدار) بأقل الثمن والمشتري لا يدعى عليه شيئا فخير الشفيع بين الاخذ والتكليف فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزا عن اقامة البينة كان القول للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار (عليه عند نقد الاقل) والقول قول المنكر مع عينه ولا يتحالفان لانه لم يردعه نص ولا هو في معنى النصوص عليه من كل وجه (وان اقاما البينة فهي للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد)

وكذا اذا كان البائع وكسلا الغائب للشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال (واذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجدها اعياها فله ان يردّها وان كان المشتري شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤية لانه ليس بنائب عنه فلا عملك اسقاطه  
**\* (فصل) في الاختلاف قال** (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع عينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعى عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعى عليه شيئا فخير بين التركة والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال (ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع) عند أبي حنيفة ومحمد

فارق بين الصورتين بأن يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله يد في الدار وكأن المصنف اعتمر ذلك كذا القيد اعتمادا على ان فهمه من تعليل صورة التسليم  
**فصل في الاختلاف** لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما وقدم الاول لان الاصل هو الاتفاق (قوله ولا نص ههنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام انما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب البين لذلك في الطرفين ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فذلك لم يجب التحالف ههنا اه واقتضى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان أيضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف ههنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وتراذلا جزم لم يجب التحالف اه (أقول) ليس هذا بشرح صحيح لان وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض وأما اذا وقع بعد القبض فعني الانكار هناك أيضا انما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكننا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بينهما تحالفا وتراذلا وقد مر ذلك كله مستوفى في باب التحالف من كتاب الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الانكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض والصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لا تنفاه شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه لان ركن البيع وان وجد لكن بالنظر الى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اه قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من الكثر ولا يتحالفان لان التحالف عرف بان نص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعى على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس اه (أقول) الخلل في كلامه أشد وأظهر فانه قال أولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا

وجد

(قوله اما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه) أقول اذا لم يكن على الميت دين

**\* (فصل في الاختلاف)** قال المصنف (ولا نص ههنا فلا يتحالفان) أقول اذا النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار في الطرفين هناك فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع لأن المشتري لا يدعى عليه شيئا

وقال أبو يوسف هي المشتري لأنها أكثر أثباتا فصار كينة البائع إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة فأنها البائع وكينة الوكيل بالشرا مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن فأن الموكل وكينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فأنها المشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة (ولهما أنه) (٤٢٥) لاتنافي بين البينتين) في حق

الشفيع لجواز تحقيق البيعتين مرة بألف وأخرى بألفين على ما شهد عليه البيعتان وفسخ أحدهما بالأخر لا يظهر في حق الشفيع لنا كدفعه فياز أن يجعل موجد في حقه (وله أن يأخذ بأيه ما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالى بينهما - ما عقدان إلا بانفساخ الأول) فالجمع بينهما ما غير ممكن فيصار إلى أكثرهما أثباتا لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهذا هو التخرج لبينة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري) فلا يمكن توالى العقد بين بينهما إلا بانفساخ الأول فتعذر التوفيق على أنها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لأن الوكيل مصدر منه إقراران أي بحسب ما توجه به البيعتان فكان للموكل أن يأخذ بأيه ما شاء (وأما المشتري من العبد وقد ذكر في السير

وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لأنها أكثر أثباتا) فصار كينة البائع والوكيل والمشتري من العدو وله ما أنه لاتنافي بينهما فيجعل كان الموجود ديعة والشفيع أن يأخذ بأيه ما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالى بينهما - ما عقدان إلا بانفساخ الأول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخرج لبينة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روى عن محمد وأما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم قلنا ان نمنع

وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لأنه عرف بالنص أيضا فيما لا انكار ولا دعوى إلا من جانب واحد كما إذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرحوا به فاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لأن التحالف فيما إذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخر أفاضل القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع اللاحق بطريق دلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجري فيه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فبمجرد امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فحق العبارة أن يقال فلا يلحق به ليم القياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لأنها أكثر أثباتا) أقول لقائل أن يقول البينة انما تسمع من المدعى والمشتري لا يدعى على الشفيع شيئا وله هذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا فلزم أن لا تصح بينة المشتري أصلا فضلا عن أن ترجع على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف \* ثم أقول يمكن الجواب عنه بأن المشتري وان كان مدعى عليه لادعيا في الحقيقة إلا أنه مدعى صورة حيث يدعى زيادة الثمن ومن كان مدعى بصورة تسمع بينته إذا أقامها كافي المدعى إذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله وأما الحلف فأنما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة ألا يرى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وجهر عن إقامة البينة عليه فأنما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه رد الوديعة عليه فـ كان للمشتري فيما نحن فيه مجال إقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف أصلا فرجع أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر أثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وجته ما ماذ كرنا مؤيداه ماذ كره قبله بقوله لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحتج عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكي عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله وله ما أنه لاتنافي الخ وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الخ حكي أولاها محمد وأخذ بها وحكي ثانيها أبو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكرنا في الشروح (قوله وهو التخرج لبينة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع اظهور الاختلاف في بعض الاحكام وان أراد أن الوكيل والموكل كالبايع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري أيضا بمنزلة البائع والمشتري

الكبير أن البينة بينة المالك القديم

(٥٤ - تكمله سابع)

(قوله لجواز تحقيق البيعتين مرة بألف وأخرى بألفين) أقول فيثبت بحجة الشفيع البيع بألف ويثبت بحجة المشتري البيع بألفين فكان الشفيع مخيرا ان شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع وان شاء أخذ بما أثبت بينة المشتري قال المصنف (كيف وانها ممنوعة) أقول فلا يرد ذلك علينا وكيف يرد وانها ممنوعة



ولم يذكر فيه قول أبي يوسف وابن سنان أن البيعة للشئ فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر إذا لا يصح البيع الثاني هناك إلا بفسخ الأول وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسئلة حكاهما محمد وأخذ بها (قوله ولأن بيعة الشفيع ملزمة) لأنها إذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء أو أبى والملمزم منها أولى لأنها وضعت للالزام وبيعة المشتري عليه غير ملزمة لأنها إذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك وغير الملمزم مستمر في مقابلة الملمزم غير معتبر طريقة أخرى له حكاهما أبو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين بيعة البائع والمشتري والوكيل والموكل فإن كل واحدة منهما ملزمة فلهذا صرنا إلى الترجيح الزيادة ورجحنا بيعة المولى القديم لكونها ملزمة على بيعة المشتري من العدو ولأنها غير ملزمة قال (وإذا ادعى المشتري ثمنًا وادعى البائع أقل منه الخ) إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فاما أن يكون مقبوضاً أو غير مقبوض أو يكون القبض غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فإن كان غير مقبوض فاما أن يدعى البائع أقل أو أكثر فإن كان أقل أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطاً عن المشتري ووجهه المذكور في الكتاب واضح وقوله ولأن (٤٣٦) التملك وجه آخر وإنما كان التملك على البائع بإيجابه لأنه لو لم يقبل بيعت لا يثبت للشفيع شيء

الآثرى أنه لو أفسر بالبيع وأنكر المشتري ثبت له حق الأخذ وإذا كان كذلك كان القول قوله وإن كان أكثر وليس له ما بينة تخالفوا وإذا بالحديث المعروف وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فمأخذها الشفيع بذلك وإن اختلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف وبأخذها الشفيع بقول البائع لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وإن كان الفسخ بالقضاء لأن القاضي نصب ناظر للمسلمين لا مبطل للحقوق فهم (وإن كان مقبوضاً أخذها بقول المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع) لما ذكر في الكتاب

وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول أما ههنا فبخلافه ولأن بيعة الشفيع ملزمة وبيعة المشتري غير ملزمة والبيانات للالزام قال (وإذا ادعى المشتري ثمنًا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطاً عن المشتري) وهذا لأن الأمر كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع ببعض الثمن وهذا الخط يظهر في حق الشفيع على ما بين أن شاء الله تعالى ولأن التملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فمأخذها الشفيع بقوله قال (ولو ادعى البائع إلا أكثر ينحالفان ويتراضان وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فمأخذها الشفيع بذلك وإن اختلفا فسخ القاضي البيع على ما عرف وبأخذها الشفيع بقول البائع) لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال (وإن كان قبض الثمن أخذها قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع) لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار هو كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بينا أنه لو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعث الدار بألف وقبضت الثمن بأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد أسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله لأن الأول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

في بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتأمل في الدفع (قوله وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول أما ههنا فبخلافه) أقول يرد على ظاهره أن البيع الثاني لا يصح هنا أيضاً ولا يفسخ الأول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين إلا بفسخ الأول وبدل على لزوم الفسخ هنا أيضاً قول المصنف فيما قبل وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث نفي ظهور

وهو ظاهر وإن كان غير معلوم القبض فاما أن يقر البائع بالقبض أو لا فإن كان الثاني ولم يذكر في الكتاب فأنظر أن حكمه حكم ما إذا كان غير مقبوض وإن كان الأول والفرض أن المشتري يدعى أكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري فاما أن يقرأ أولاً بقدر الثمن ثم بالقبض أو بالعكس فإن كان لأول كالموكل قال (بعث الدار منه بألف وقبضت الثمن أخذها الشفيع بقول البائع) أي بالألف (لأنه لما بدأ بالقرار بالبيع بمقدار ثمنه لفت الشفعة به) أي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله (قبضت الثمن يريد أسقاط حق الشفيع) المتعلق بقراره من الثمن لأنه إن تحقق ذلك بقيت أجنبيات من العقد إذ لا ملك له ولا يد وحينئذ يجب أن يأخذ ما يدعيه المشتري كما تقدم آنفاً أن الثمن إذا كان مقبوضاً أخذ بما قال المشتري وليس له أسقاط حق الشفيع (فيرد عليه) قبضت وإن كان الثاني كالموكل (قبضت الثمن) وهو ألف لم يلتفت إلى قوله وبأخذها بما قال المشتري (لأن الأول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين) وصار أجنبياً (وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله وهو ظاهر لأنه لم يصر أجنبياً لكونه ذا اليد وإن لم يكن مالاً كما والله أعلم

**فصل فيما يؤخذ به المشفوع** لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة كرماء يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لأن الثمن تابع (واذا حط البائع عن المشتري) حط به من الثمن والزيادة يستويان في باب المراجعة دون الشفعة لأن في المراجعة ليس في التزام الزيادة حق إسقاط مستحق بخلاف الشفعة فإن في الزيادة فيها إسقاط حق ثبت للشفيع بأقل منها وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب أن البائع إذا حط عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وإن حط الجميع لم يسقط عنه شيء لأن حط البعض ملحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأنه انما يأخذها بالثمن والثمن ما بقي وإن حط به مذهب رجوع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد لا يخرج العقد (٤٣٧) عن موضوعه وقدينيه في البيع في

فصل قبيل الربا وباقي كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أي متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفيع بقيمتها) أي بقيمة العرض (لأنه من ذوات القيم) وان اشترى دارا بمكيل أو موزون أخذها بمثلها لأنه من ذوات الامثال وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فبراعى بالقدر الممكن فإن كان له مثل صورة ملكه بها والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله (بالقدر الممكن) يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففي جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة ألا ترى أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر والظن ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرا بخلاف البيت فإن أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهة المانعة

**فصل فيما يؤخذ به المشفوع** قال (واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وإن حط بجميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأن الثمن ما بقي وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بمحال وقدينيه في البيع (وان زاد المشتري للبائع لم يلزم الزيادة في حق الشفيع) لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها بخلاف الحط لأن فيه منفعة له وتطير الزيادة إذا حط العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمتها) لأنه من ذوات القيم (وان اشترى دارا بمكيل أو موزون أخذها بمثلها) لأنهم ما من ذوات الامثال وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فبراعى بالقدر الممكن كافي الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال

الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه والجواب أن مراد المصنف بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هنالك لا يفسخ الأول أما هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنالك لا يفسخ في حق المتعاقدين والذي لم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الأول فعني كلام المصنف هنا أن الفسخ يظهر في حق الثاني هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين وأما هنا فبخلافه أي لا يظهر في حق الثالث وضرورة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشتري من العدو بالثمن الثاني وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري بأي الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعاً ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الأول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور إلا بعد الإخراج إلى دار السلام والإخراج إليها يمكن إلا بالبيع الثاني فافتقر فحل هذا المقام بهذا الوجه مما بهم وقد أهمله الشراح مع التزامهم ببيان الطواهر في كثير من المواضع

**فصل فيما يؤخذ به المشفوع** لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لأنه ثمن والتابع كذا في الشروح (قوله وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه) أقول كان الظاهر أن يقول بمثل ما يملك به لأن الشفيع انما يملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع

\* (فصل فيما يؤخذ به المشفوع) \* (قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول أي قبل قبض المشتري الثمن من الشفيع (قوله والثمن ما بقي وإذا حط بعده رجوع الشفيع إلخ) أقول لفظة ما في قوله ما بقي موصولة والضمير في قوله بعده راجع إلى القبض في قوله إذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض (قوله لا يخرج العقد عن موضوعه) أقول لأنه يصير هبة لأنه يبقى تملك بلا عوض ولا شفعة في الهبة (قوله ألا يرى أن الشفيع لو سلم الدار إلخ) أقول فيه تأمل فإن التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظهوره تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول أي بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول فيه بحث

وقوله (وان باع عقارا بعقار) ظهر وجهه مما تقدم (واذا باع بثمن مؤجل) الى أجل معلوم (فلا شفيع الخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها) وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه (وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل) عندنا (وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي) القديم (لان الاجل وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة به) أي بالثمن (٤٣٨) (فبأخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط

فما بين الشفيع والبائع أو المبتاع) فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله (وليس الرضا) دليل آخر وتقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاة بفتح الميم وهو مصدر ملأ الرجل بالضم واقتل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لا لتفاوت الناس في البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله (وليس الاجل وصف في الثمن) جواب عن قول زفر وجهه أن وصف الثمن يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك (لانه حق المشتري) والتمس حق البائع وقوله (وصار كما اذا اشترى شيئا) ظاهر وقوله (لما بيننا) إشارة الى قسوله لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر

(وان باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لانه بدله وهو من ذوات القيم فبأخذه بقيمة قال (واذا باع بثمن مؤجل فلا شفيع الخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل) وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة به فبأخذ بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفه لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالاذن كركذا هذا ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بيننا من قبل وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا

الذي يملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها ههنا ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال ولنا أن الشفيع يتمثل بمثل ما يتمثل به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى اه (قوله) وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاة) قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاة بفتح الميم وهو مصدر ملأ الرجل وقال ولقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لا لتفاوت من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اقتفى أثره الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ذلك ليس بدليل آخر بل انما هو تمة الدليل السابق ذكره دفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحاً ولكن يتحقق بينهما من حيث ان الرضا بالاجل في حق المشتري رضا به في حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله ولتفاوت الناس في الملاة فلا احتياج أصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقرير مقدمات لجعل ذلك دليلا مستقلا وابراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه بل لا وجه للقول بأنه لا بد في الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خيرا كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قوله -م وعملك الشفيع الدار اما بالتراضي أو بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلا للتراضي واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملاة (قوله ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بيننا من قبل وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان) قال صاحب العناية

مأذ كره في أو آخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ) قوله

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول لا يظهر انه جواب عما يقال بالشرط وان لم يثبت صريحاً فقد ثبت دلالة لان الرضا بتأجيل المشتري رضا بتأجيل الشفيع (قوله لتفاوت الناس في الملاة) أقول أي في الغنى قال المصنف (وليس الاجل وصف الثمن الخ) أقول سبق ما يتعلق بعدم وصفية الاجل في باب التحالف



يوهم أن الشفيع يملكه يبيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل يقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط في حقه وقوله (وان اختار الانتظار) ظاهر وقوله (لقول أبي يوسف الآخر) احتراز عن قوله الاول روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف (٤٣٩) كان يقول أولا كقولهما ثم

رجع وقال له أن يأخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال فسكونه لعدم الفائدة في الطلب لا اعراضه عن الاخذ ووجه قوله ما وقوله أولا ما ذكره في الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة ثبت بالبيع عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما ثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به وأما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر الى انقضاء الاجل وقوله (وهو يتمكن من الاخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لا نسلم أن المقصود به الاخذ لئن كان فلا نسلم أنه ليس يتمكن من الاخذ

وان اختار الانتظار له ذلك لان له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث التقديرة وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند أبي حنيفة ومحمد خلا لقول أبي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو يتمكن من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قوله وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بمن مؤجل الخ يوهم أن الشفيع يملك يبيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط في حقه اه واقتنى أثره الشارح العيني (أقول) هذا خبط فاحش منهم ما مداره عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشتري فأخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري وأخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في ان الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة أم بعد جديد انما هو فيما اذا أخذها الشفيع من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وأما فيما اذا أخذها الشفيع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل أحد بأن انتقالها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له أصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع ولقد نادى اليه قول المصنف في أواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذ من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ اه فالصواب أن قول المصنف هنا ثم ان أخذها بمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري اشارة الى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيهما من أن العقد ينسخ في حق الاضافة الى المشتري وتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار فان قوله وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة أخذها من يد المشتري بعد أن قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما اذا باعه بمن حال وقد اشترام مؤجلا اشارة الى أن تلك الشفعة في هذه الصورة بعقد جديد كانه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذ من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض اه فكان كل من المسألتين المذكورتين هنا مطابقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما أصلا (قوله وهو يتمكن من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع) قال صاحب العناية قوله وهو يتمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لا نسلم أن المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم أنه ليس يتمكن من الاخذ في الحال بل هو يتمكن منه بأن يؤدي الثمن حالا انتهى (أقول) فيه نظرا أما أولا فلان المصنف لم يتعرض فيما قبل لدليل قول أبي يوسف الآخر كما ترى فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره وأما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في أول التقرير برعما لا يفهم من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يسع حل كلام المصنف عليه وأما ثالثا

في الحال بل هو يتمكن منه بأن يؤدي الثمن حالا

(قوله لان الطلب انما هو للاخذ) أقول وهو المقصود من الطلب قال المصنف (وهو يتمكن من الاخذ في الحال) أقول وهذا دليل على ثبوت حق الشفعة في الحال (قوله وتقريره لا نسلم الخ) أقول فيه بحث الآن المراد الاخذ في الحال

قال (واذا اشترى ذي دار بخمر أو خنزير وشفعيها ذي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر وقوله وشفعيها ذي احتراز عما إذا كان مرتدافاه لاشفعة له سواء قتل على رده أو مات أو لحق بدار الحرب ولأولئك لانه لا تورث (وان كان شفعيها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف أما الخنزير فظاهر يعني لكونه من ذوات القيم واستشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير وله - هذا لا يعسر العاشر عن قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر وأجيب بأن مراعاة حق الشفعيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما إذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخنزير جوع الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع (٤٣٠) الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما إذا اختلف

الشفيع والمشتري في مقدار الثمن وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لقوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفعيع في الشفعة لان وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط بقاء الشفعة وباقي كلامه ظاهر قال

\* (فصل) \* الاصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتأخير في فصل على حدة (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن الذي اشتراه به

قال (وان اشترى ذي بخمر أو خنزير دارا وشفعيها ذي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة بعم المسلم والذي وان كان شفعيها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لا تمنع التسليم والتسلم في حق المسلم فالنحو بغير المثل وان كان شفعيها مسلما وذنبا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو أسلم الذي أخذها بنصف قيمة الخمر لجزءه عن ثلث الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لأن يبطل فصار كما إذا اشتراها بكثر من رطب فضر الشفعيع بعد انقطاعه بأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

**فصل** قال (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه)

فلان قوله ولئن كان فلا نسلم أنه ليس يتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالا عمالا يكاد يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبي يوسف الآخر في هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية بنفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل أو الاخذ في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم يرفيه فائدة لا لاعتراضه عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذي مسكة أن منع عدم تمكنه من الاخذ في الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدي الثمن حالا لا يجدي طائلا في دفع ما ذكر في دليله من أنه في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه فان أداه الثمن حالا ليس على الوجه الذي يطلبه وليس يلزم له البتة وخلاف أبي يوسف في قوله الآخر فيما إذا لم يختر الشفعيع أخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق أن يحمل قول المصنف وهو متمكن من الاخذ في الحال الخ على تميم دليل أبي حنيفة ومحمد رجهما الله بأن يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من السراح أخصا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبي يوسف الآخر وجه ظاهر الرواية أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حال كان ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل لشفعته انتهى تبصر

**فصل** مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل

الغير

المشتري وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه

(قوله وأجيب بأن مراعاة حق الشفعيع واجبة) أقول وتقدير الجواب في شرح الكاكي هكذا قيمة الخنزير كعين الخنزير بمعنى ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلما كان متضمنا لابطال حق العبد لم يعمل اهذه الشبهة بل يعمل بالشبهة فيما إذا لم يكن متضمنا لابطال حق الغير وفي مسألتنا يتضمن ابطال حق الغير فلم يعمل بها بخلاف ما إذا مر على العاشر اه وفي شرح الكنزير يلغى انما يحرم عليه تملكها إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير أو ما إذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير بقدر قيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تملكها

\* (فصل) \* واذا بنى المشتري

وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك (وهو أحد قول الشافعي وله قول آخر وهو أنه أن يقلع ويعطى قيمة البناء ولا يبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناء على أنه ملكه والمحق في شيء لا يكلف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له فإنه إذا بنى ليس للواهب (٤٣١) أن يكلفه القلع ويرجع في

الأرض وبالمشتري شراء فاسد إذا بنى وبالمشتري إذا زرع فإنه ليس له أن يكلفه قلع الزرع اتفاقاً (وهذا) أي ما قلنا أنه لا يكلف (لأن) في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين (ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله (بتحمل الأدنى) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير إليه (وجهه) ظاهر الرواية أن المشتري بنى في محل تعلق به حق مؤكّد للغير) بحيث لا يقدر على إسقاطه جبراً (من غير تسليط من جهة من له الحق) وكل من بنى في ذلك نقض بناؤه كالأمر إذا بنى في المهرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع (وهذا) أي نقض البناء لحق الشفيع (لأن حقه أقوى من حق المشتري) ويجوز أن يكون هذا بياناً لكون حق الشفيع

وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك وبه قال الشافعي إلا أن عنده أنه أن يقلع ويعطى قيمة البناء لا يبي يوسف أنه محق في البناء لأنه بناء على أن الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين يتحمل الأدنى فيصار إليه ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق مؤكّد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالأمر إذا بنى في المهرهون وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة

الغير فلما كان المتغير فرعاً على غير المتغير كان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين يتحمل الأدنى فيصار إليه) قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا أي وهذا المدعى الذي قلنا وهو أن لا يكلف المشتري بقلع البناء انتهى وبذلك المعنى فسره سائر الشراح أيضاً ولكن بهارات شتى فقال صاحب العناية أي ما قلنا أنه لا يكلف وقال صاحب الكفاية أي قول أبي يوسف أنه لا يكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية أي القول بعدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني أي ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس (أقول) لقائل أن يقول قد تلخص من جملة ذلك أي المشار إليه بكلمة هذا في قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ أصل مدعى أبي يوسف فيلزم أن يكون قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ دليل عليه فينبغي أن يقول ولأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ على ما هو الطريقة المعهودة عند تعدد الأدلة والجواب أن من عادة المصنف في كتابه هذا أنه إذا أراد أن يبين لمية مسألة بعد بيان انتهائنا سلك هذا المسلك إيماء إلى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الإنية واللمية وإن كان أصل المدعى واحداً وكان ما صار دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر من ذلك فإنه ينفعك في موارد ما وقد كنت نيت عليه من قبل أيضاً فلا تغفل (قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه) أقول هنا كلام وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتلك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكمهم ما حاكم لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي وبين ذلك وما قال هنا تدافع فإن المتفهم فيما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث ثبت الملك أولاً للمشتري ثم ثبت منه إلى الشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب أن المراد بما ذكره هنا تقدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في الملك والتملك مغاير للاستحقاق ومؤخر عنه إذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن للشفعة أحوالاً ثلاثة الاستحقاق والاستقرار والتملك وإن الأول ثبت باتصال الملك بشرط البيع والثاني بالشهادتين والثالث بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين إذ كون الشفيع أقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري أقدم في التملك كما لا يخفى (قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) وقال جماعة من

متأكداً (لأنه) أي الشفيع (يتقدم عليه) أي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كإجارته وجعله مسجداً أو مقبرة فكذلك ينقض تصرفاته غرساً وبناءً وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهته فلا ينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند أبي حنيفة

(قوله فإنه ليس له أن يكلف قلع الزرع) أقول يعني ليس للشفيع أن يكلف الخ



لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف

لان عدم استرداد البائع  
في الشراء الفاسد اذا بنى  
المشتري في المشتري انما  
هو قوله وأما عندهما انه  
الاسترداد بعد البناء  
كالشفيع في ظاهر الرواية  
(قوله ولان حق الاسترداد)  
معطوف على قوله لانه  
حصل (قوله فيهما) أي في  
الجهة والبيع الفاسد  
(ضعيف)

الشرح ان قول المصنف بخلاف الجهة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيه تسليطا  
من جهته (أقول) فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين أحدهما قوله لانه حصل  
بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الجهة  
متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون  
حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا  
معنى لجمعه وجهها آخر معطوفا على الاول وان لم تكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له  
الحق فلا يصلح أن يكون تعليل الخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندى  
أن قوله بخلاف الجهة المتصل بمجموع ما ذكر من وجهي ظاهر الراجح والمعنى أن مضمون هذا الوجه  
ملا بس بخلاف الجهة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من  
جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهر الراجح من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون  
التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لانه حق أقوى من حق المشتري فيتم  
التعليل لان معابلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند أبي حنيفة رحمه الله لان عدم جواز  
الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما  
فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الراجح (أقول) اختلف أن يقول اذا جاز عندهما  
الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد أيضا فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا  
هذه بقوله وصار كالوهاب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشراء الفاسد ينال في قياس  
المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في أنه لا يكاف القلع كما هو مذهب أبي يوسف هنا  
فان قلت يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور بمجرد الاحتجاج على  
أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري  
شراء فاسدا هذا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة  
الكتاب جدا لان قياسه المزبور لم يذ كر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذ كر بصدد اثبات  
مدعاه فكيف يصلح أن يكون مجرد الاحتجاج على الخصم سبيحا على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء  
الفاسد \* ثم أقول الاوجه في التوجيه أن يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين  
أحدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد  
من كتاب البيوع وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك  
عن الايضاح حيث قال وذ كر في الايضاح ان قول أبي يوسف هـ ذاهو قوله الاول وقوله آخرام أبي  
حنيفة اه وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبي يوسف  
أنه لا يكاف القلع الخ وهذا ما رواه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي  
ذ كر في الكتاب بأن قاله هو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والفرس وان شاء كلف المشتري  
قلعه وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد ودو علي بن الجعد والحسن بن أبي  
مالك عنه صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره وذ كر في غاية البيان واذ قد كان  
الامر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على أحد قوليه  
في هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد وهو أن لا يكون للبائع  
حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد  
بقوله عند أبي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن أحد قول أبي يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرفت فتدبر

(ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق) أي حق الشفعة (يبقى) ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولا نه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله (فلا معنى لايحاب القيمة) راجع الى أول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايحاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري اذا بنى أو غرس (٤٣٣) ثم استحق رجوع المشتري بالثمن بقيمة

البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله (والزرع يقطع) جواب عن قوله وكذا اذا زرع المشتري ولم يجب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين لان قوله وهذا لان حقه أقوى

من حق المشتري تضمن ذلك لان الترجيح بدفع أعلى الضررين بالأهون انما يكون بعد المساواة في أصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطول بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشقوقة وصنعهما بأشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطي ما زاد فيها بالصغ وبين أن يتركها وأجيب بأنه أيضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق أن النقص لا يتضرر به المشتري كغير السلامة النقص له بخلاف الصغ وقوله (واذا أخذ بالقيمة) معطوف على مقدردل عليه التخيير وتقريره الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء أخذ بالقيمة فان كلفه فذلك وان أخذ بالقيمة يعتبر قيمته مقلوبا كما ينه في الغصب

ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايحاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقطع قياسا وانما لا يقطع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان أخذ بالقيمة يعتبر قيمته مقلوبا كما ينه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبني فيها أو غرس ثم استحق رجوع بالثمن) لانه تبين انه أخذ به غير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لأعلى البائع ان أخذها منه ولا على المشتري ان أخذها منه وعن أبي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فترلا بمنزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(قوله ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى) قال صاحب غاية البيان هذا ايضا لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة لأعلى مذهب أبي يوسف فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ولا ييوسف أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندى حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد اه (أقول) نظرمساقط جدا لان هذا الايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما بينها عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسألة الاسترداد وهو كقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذلك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقوله ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولا نه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الأول فلان المصنف بصدديان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية وأما في الثاني فلان الظاهر أن الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا أول فكيف يبتنى عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامه تبصر تفهم (قوله والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه ولا تسليط ولا غرور في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه) أقول كان الأولى

(٥٥ - تكمله سابع) (ولو أخذها الشفيع فبني فيها أو غرس فاستحققت الارض رجوع بالثمن) لا غير أخذ من البائع أو المشتري (لانه تبين أن أخذها كان بغير حق) وعن أبي يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لانه متملك عن المشتري فترلا بمنزلة البائع والمشتري ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ما ذكره (أن المشتري مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(قوله قيل فيه نظر) أقول القائل هو والاتقاني

قال (واذا انهدمت الدار الخ) كلامه (٤٣٤) ظاهر والتأمل فيه يرشد الى أن في قول من قال انهم يعني أئمتنا زعموا أن البناء اذا

احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكانهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفا لقلة التأمل فان منشأ الفرق ليس فعل الماء وانما منشؤه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا فات من غير صنع أحد واما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصته ما غرق من الثمن (وان نقض المشتري البناء) فالشفيع ان شاء أخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان البناء صار مقصودا بالتلاف ويقابله شيء من الثمن وقد مر في البيوع (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لانه صار مقصولا فلم يبق تبعا فبقى منقول ولا شفعة فيه وقوله (ومن ابتاع أرضا) ظاهر وقوله (وما كان من كفايه) يعني مثل الابواب والسرر المركبة وقوله (على ما عرف في ولدا البيعة) يعني أن الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري بسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملكا للمشتري كالام وقوله (في الفصلين) يريد به ما اذا كان في النخل ثم وقت الشراء ثم جده المشتري وما اذا لم يكن ثم غرق

قال (واذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذلك فلا يقابلها شيء من الثمن ما لم يصرم مقصودا وهذا جازي بيعها مرا بحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الثابت بعض الاصل قال (وان شاء ترك) لانه أن يمتنع عن تلك الدار بماله قال (وان نقض المشتري البناء قبل الشفيع ان شئت خذ العرصة بحصتها وان شئت فدع) لانه صار مقصودا بالتلاف فيقابلها شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك باقفة سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لانه صار مقصولا فلم يبق تبعا قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثم أخذها الشفيع بثمرها) ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذلك وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذ لانه ليس بقبض الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذلك فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان من كفايه فيأخذ الشفيع قال (وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثم غرق في يد المشتري) يعني يأخذ الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيع قال (فان جده المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مقصولا عنه فلا يأخذ قال في الكتاب (وان جده المشتري سقط عن الشفيع حصته) قال رضي الله عنه (وهذا جواب الفصل الاول) لانه دخل في البيع مقصودا فيقابلها شيء من الثمن (أما في الفصل الثاني بأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن) لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الاتباع فلا يقابلها شيء من الثمن والله اعلم

أن يقال ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع لامن البائع ولا من المشتري ليعم ما أخذ من البائع وما أخذ من المشتري ويطلق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لاعلى البائع ان أخذ منه ولا على المشتري ان أخذ منه وعن هذا قال في الكافي ولا غرور في حق الشفيع لانه تلك عن صاحب اليد جبر بغير اختيار منه وقال في النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور في حق الشفيع لامن جانب البائع ولا من جانب المشتري لانه تلك عن صاحب اليد جبر بغير اختيار فلا يرجع اه ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لانه أخذ جبرا لانه لا يتمشي فيما أخذ بالتراضي بل لانه ليس بغير غرور والمشتري انما يرجع على البائع لانه مغرور ومن جهته (أقول) ليس ذلك بشيء لان قيد الجبر مأخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه أيضا أخذ ذلك القيد في تعريفها حيث قال في متنه الشفعة تلك مبيع عقار جبر بغير اختياره وفسر في شرحه قيد جبر بمعنى بم صورة الأخذ بالتراضي أيضا حيث قال بمعنى لا بغير اختياره لانه يعتبر عدم اختياره ولا يخفى أن توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يخفى بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار في الاول واعتبار عدمه في الثاني تأمل تقف بقى شيء في كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو أنه نفي كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بأن مداره الغرور وعدم الغرور فلقائل أن يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما نفاه وان كان سببهم غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيع

جاء الشفيع لانعدام العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت وقوله (في الكتاب) يعني مختصر القدوري والله أعلم

(قوله تعسفا لقلة التأمل) أقول قوله تعسفا اسم أن في قوله وبالتأمل فيه يرشد الى أن في قول من قال الخ



﴿ باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ﴾

قال (الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعي لاشفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم وانما قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شئ عقاراً أو ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال (ولاشفعة في العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لاشفعة الا في ربع أو حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصه وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقلياً وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفن اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار

الاخذ بخصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بأن يقال سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة اهـ والظاهر أن خصم الشفيع وان رضى بأخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافتقرا والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ﴾

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر نفس الوجوب مجمل لان التفصيل بعد الاجال كذا في الشروح (قوله الشفعة واجبة في العقار) قال جمهور الشراح العقار كل ماله أصل من دار أو ضيعة (أقول) تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما ياباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شئ عقاراً أو ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا أن يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى لكن النكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط \* ثم أقول قال الامام الطبري في المغرب والعقار الضيعة وقبل كل ماله أصل من دار أو ضيعة اهـ فلعل ما وقع في الحديث المذكور وادعى أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق للتفسير الثاني منهما فكأنهم اختاروه ههنا لكونه المناسب لأقسام من الشفعة كما ثبتت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها أيضاً على ما صرحوا به \* ثم اعلم انه قال الجوهرى في الصحاح في فصل العين من باب الرامو العقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار اهـ وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع اهـ (أقول) في كلامه اختلال لانه فسر العقار أولاً بما يشمل الاقسام الثلاثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلم يفسر الاخص بالاعم كما ترى (قوله ولا شفعة في العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لاشفعة الا في ربع أو حائط) أقول فيه شئ وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة

\* (باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب) \*

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر الوجوب مجمل لان التفصيل بعد الاجال قال (الشفعة واجبة في العقار الخ) الشفعة واجبة أى ثابتة في العقار وهو ماله أصل من دار أو ضيعة (وان كان مما لا يقسم) أى لا يحتل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلاً بطريق الشفعة فلا تؤخذ الفصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان وأصله ما أحاط به والحساب بسكون السين وفتحها في معنى القدر واختار الجوهرى الفتح وقال انما تسكن في ضرورة الشعر وقوله (اذا لم يكن طريق العلو فيه) لبيان أن استحقاق الشفعة للعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفن بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدماً على الجار

\* (باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب) \*

(والمسلم والذي فيها سواء) وقال ابن أبي إيلي الشفعة رفق شرعي فلا يستحقها من ينكر الشرع وهو الكافر ولذا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير) وقال لا شفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المال (و يستوي الباغي والعاقل والحر والعبد اذا كان مأذونا (٣٦ ع) أو مكاتباً) فان كان البائع غير المولى فله العبد المأذون الشفعة مديونا كان أو لا وان كان هو

المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك ما هو مال (لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما يملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ به ذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو أخذه بعوض وكان سببا غير السبب الذي يملك به المملك وعلى هذا (لا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد) أي غير دار من عبيد أو حانوت أو يصالح بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبد الا ان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق التملك

قال (والمسلم والذي في الشفعة سواء) للعمومات ولانها يستويان في السبب والحكمة فستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير والباغي والعاقل والحر والعبد اذا كان مأذونا أو مكاتباً قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما يملك المشتري صورة أو قيمة على ما مر قال (ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا) لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعراض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعراض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها

والسلام حصرت ثبوت الشفعة في الربيع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فبرد عليه ان مقتضى ذلك الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربيع وحائط أيضا كضبعة خالية مثلا وليس كذلك قطع ما فكيف يتم التملك به فان قلت يمكن أن يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بأن يكون المراد به قصر ثبوتها على ربيع وحائط بالاضافة للعروض والسفن لا قصره عليهم بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا مرد للمحذور المزبور قلت من أين تفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا الى ما يعم شيئا مما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في ايجابه في السفن كما ذكره المصنف فتأمل (قوله واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما يملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم أن الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما يملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ به ذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو أخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي يملك به المملك اه (أقول) لقائل أن يقول لم يجوز أن يأخذ بعوض بالسبب الذي يملك به المملك وهو الوصية بلا عوض لا يقال لا يتصور الهبة بدون رضا الواهب والمملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع أخذه بلا عوض لا نأقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا المملك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تأثير لحديث عدم رضا المملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأما الهما ماذكر في الكافي وغيره وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لانها تثبت بخلاف القياس بالآثار في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها (قوله وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعراض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها) قال في العناية وهي مهر المثل وأجر المثل في التزويج والخلع

بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبد الا ان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق التملك وبذلك ما تملك به وكان تفريع هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافيا ولكنه استدلل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الخ استظهارا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة

(قوله واجبة وهي انما تمكن اذا كان العوض مالا) أقول قوله واجبة خبران في قوله لان مراعاة شرط الشرع الخ (قوله كافيا) أقول خبر كان في قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ

لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق (ان تعذرا لاخذ بثلثها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها أصلا) وقوله أي قول الشافعي رحمه الله (يتأني فيما اذا جعل شقصا من داره مهورا أو ما يباهيه) أي ما يشابه المهر كبذل الخلع والاجر (لانه لا شفعة عنده الا فيه) حيث لا يرى الشفعة لا في الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام (ونحن نقول) جواب عن جعل هذه الاعواض متقومة وتقريره أن تقوم هذه الاعواض اما أن يكون مطلقا وضروريا والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعرق غير متقوم) وانما أفرد هـ ما لان تقوم هـ ما بعد لانهم ليسا بما يباعان فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله (لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالمية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالمية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العرق اسقاط وازالة الدم ليس الا حق الاستيفاء وليس من جنس (٤٣٧) ما يتم قول به ويدخر وقوله (وعلى هذا) لبيان أن الفرض عند العقد وبعده سواء في كونه مقابلا بالبيع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجهالة ولا شفعة في الشراء الفاسد وأجيب بأنه جاز أن يكون معلوما عندهما وبأنه جهالة في الساقط لا تفضي الى المنازعة والمفسدة ما أفضت اليها (ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار) أي في شيء منها (وقالنا نجب في حصة الالف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لانه مبادلة مالمية في حقه) أي في حق ما يخص الالف وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى

ان تعذر ثلثها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأني فيما اذا جعل شقصا من داره مهورا أو ما يباهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعرق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهورا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبيع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة وقالنا نجب في حصة الالف لانه مبادلة مالمية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبعية ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالمية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه

والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق اه (أقول) في قوله وقيمة الدار تطرأ اذا الكلام في قيمة الاعواض التي جعلت بدلا للدار في الصور المذكورة لاني قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العبد فالواجب عند الشافعي قيمة دم العبد على زعمه لاني قيمة الدار لا يقال لما جعل دم العبد عوضا من الدار صارت قيمته قيمة الدار لاننا نقول لو اقتضى هذا القدر أن تصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الاعواض المذكورة في الصورة المذكورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضا من الدار ولم يقل به أحد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أيضا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجال ما قلنا قال كأن الكلام في قيمة الاعواض لاني قيمة الدار والعبد فتأمل اه (أقول) لم يصب في زيادته العبد والحق بالدار في المؤاخذة فان العبد مأخوذ في جانب الاعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فكون الكلام في قيمة الاعواض لا ينافي اعتبار قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لنفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوما لا بدله من المصير الى قيمة العبد في تقويمه والكلام هنا على أصله وأما التحقيق من قبلنا فيسجي من بعد (قوله وكذا الدم والعرق غير متقوم) قال في العناية انما أفرد هـ ما لان تقوم هـ ما بعد لانهم ليسا بما يباعان فضلا عن التقوم اه (أقول) فيه

البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ولو كان البيع أصلا يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجني نفسك وقوله (ولان الشفعة) دليل آخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تفضي الى المبادلة المالمية وأما أن تكون هي المقصودة فممنوع ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه ألا ترى أن المضارب اذا كان رأس المال ألفا فأنجز ربح ألفا ثم اشتري بالفين دارا في جوار رب المال ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تباع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للوكيل على ما يجبي فكذا في حصة الربح وهو البيع

(قوله وقيمة الدار والعبد) أقول كأن الكلام في قيمة الاعواض لاني قيمة الدار والعبد فتأمل (قوله وانما أفرد هـ ما) أقول فيه شيء لا يخفى جوابه قال المصنف (ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالمية المقصودة) أقول تأمل في التباين بين الدليلين



قال (أو يصالح عليها بانكار الخ) عطف القدوري قوله أو يصالح عليها بانكار على قوله أو يعتق عليها عبدا من الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس يصح بلفظ عليها كما وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر وقوله (إذا لم يكن من جنسه) أي إذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان أخذ حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يعني في قوله بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأسا (الأن يكون بعوض مشروط) في العقد ولا بد من القبض فإنه إذا وهب دارا لرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع مالم يتقاضا ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فإنه لا تنبئ الشفعة لافي الموهوب ولا في العوض أن كان العوض دارا (لان كل واحد منهما مطلقا عن العوض إلا أنه أتيب منها فامتنع الرجوع) (٤٣٨) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع

يمنع الشفعة كما في البيع التماسه فلا تمنع بقاء ملكه كان أولى (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب (قوله وإن اشترى بشرط الخ) ظاهر وقوله (على ماهر) إشارة إلى قوله من قبل ونجب بعقد البيع إلى أن قال والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار الخ (قوله وإذا أخذها) أي أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بمجرد المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري

قال (أو يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بانكاره كان قوله أو يصالح عليها لأنه إذا صالح عنها بانكاره بقي الدار في يده فهو يزعم أنهم لم تزل عن ملكه وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال ابتداء لم يمينه وقطعا لشغب خصمه كما إذا أنكر صريحا بخلاف ما إذا صالح عنها باقرار لأنه معترف بالملك للمدعي وإنما استفاده بالصالح فكان مبادلة مالية أما إذا صالح عليها باقرار أو سكوت أو انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الآن تكون بعوض مشروط) لأنه يبيع انتهاء ولا بد من القبض وإن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة إلا أنه أتيب منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لأنه يمنع زوال الملك عن البائع (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تنبئ عليه على ماهر وإذا أخذها في الثالث وجب البيع للمشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت دارا إلى جنبها والخيار لأحدهما فلا الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا إذا كان للمشتري وفيه اشكال أو ضمنه في البيوع فلا نعيده

بحث لأن غنامه يتوقف على كون سائر الاعراض المذكورة مالا وإن لم تكن متقومة وليس الأمر كذلك فإنها أيضا ليست بأموال عندنا وقد أفصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعراض ليست بأموال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح إن المنافع ليست بأموال على أصلنا والحق عندي في تعليل أن تقومهما بعد أن يقال لانهما ليسا بمقومين أصلا أي لا بالتقوم الضروري ولا بغير الضروري كما مر آنفا (قوله وفيه اشكال أو ضمنه في البيوع فلا نعيده) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ

دون الشفيع وإن بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما أي لأحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري (فله الأخذ وقيل بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها) فإن أخذها بالشفعة كان نقضا لبيعه لأنه قرر ملكه واقرار البائع على اقرار ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لأنه لو لم يجعل نقضا لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها للمشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا إذا كان الخيار) للمشتري (وفيه اشكال) وهو ما ذكره البطني من أن أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا تستحق إلا بالملك فكان تناقضا وقوله (أو ضمنه في البيوع) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال راجحة كانت في حق السؤال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المنتهي ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لأجل خيار البائع لأجل خيار المشتري

(قوله وإذا أخذها) يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع (قوله بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) ظاهر وقوله (ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى) يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أي الشفيع أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لعدم ملكه في الأولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا ثم أهراقها فاسدا) أول كلامه ظاهر وفي قوله ومن ابتاع دارا ثم أهراقها فاسدا تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد إذا كان بعد انعقاده صحح الحق الشفعة باق على حاله ألا ترى أن النصارى إذا اشترى من نصراني دارا بغير ولم يتقاضوا حتى أسلموا أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخرفانه بفسد البيع وحق الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا (قوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) (٤٣٩) يعني الأخذ بالشفعة واعتراض

عليه بأنه لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع كالمثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلامفسد ليصل إلى حقه ولا يلزم تقرير الفساد وأجيب بأن فساد البيع إنما ثبت لمعنى راجع إلى العوض أما بالشرط في حقه أو الفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفسد فيه رجوع البيع بلا عن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاكه البيع الفاسد عن مفسد وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله (بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح) جواب عما

وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما يبيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لعدم ملكه في الأولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا ثم أهراقها فاسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار أخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه

وقبل إذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال رائية كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في بيعه هذا الكتاب فيجوز أن يكون أوضحه في كفاية المنتهى كذا في العناية أخذ من معراج الدراية (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا نعبد به أبي عن أن يكون مراده بقوله أو ضمناه في البيع أيضا حقه في بيعه كفاية المنتهى لان ذكر شي في كتابه هذا بعد أن ذكره في كفاية المنتهى لا بعد إعادة والالزم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل إعادة لكونها من كورة في كفاية المنتهى (قوله ومن ابتاع دارا ثم أهراقها فاسدا) قال صاحب العناية وفي قوله ومن ابتاع دارا ثم أهراقها فاسدا تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد إذا كان بعد انعقاده صحح الحق الشفعة باق على حاله اه وقال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار اه (أقول) هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد فيما إذا وقع في ابتداء العقد يوجد أيضا فيما إذا وقع بعد انعقاده صحح ابل الحدوث في الصورة الثانية أن ظهر وأجلى لان الفساد يحصل فيها بعد أن لم يكن في ابتداء العقد وأما في الصورة الأولى فهو حاصل في الابتداء والانهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة إلى الصورة الثانية فمجرد الاثبات بالجملة الفعلية ان لم يكن ملوحا إلى الثانية فلا أقل من أن يكون ملوحا إلى الأولى والصواب أن وجه التلويح إلى ذلك هو انه جعل قوله شراء فاسدا قسدا لا ابتاع الذي هو أصل العقد فعلم به أن المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لاستترابه (قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد)

يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب أن المشتري ذلك صار أخص بالبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ وإجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنبها وفي الفساد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل أن الفسخ وإن كان محتملا فيه ما لم يكن في الخيار للمشتري بملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفساد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف

(قوله تلويح إلى أن عدم الشفعة الخ) أقول حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار (قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخمر الخ) أقول حتى أسلم أو أسلم أحدهما (قوله يعني الأخذ بالشفعة) أقول لا يظهر يعني اثبات حق الشفعة (قوله فلو أسقطنا العوض لفسد فيه الخ) أقول فيه بحث إذا لاحت الحاجة إلى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في خيار الشرط واعتبار قيم مثل الخمر فتدبر (قوله وما يلزم) أقول وهو الفساد ههنا (قوله من فرض عدمه وجوده) أقول فيه بحث

واعترض بأننا لنسلم أنه ممنوع عن التصرف بل له أن يبيع مع بيعه صحيحا ولا يبقى لبائعه حق النقص وفيه تقرير الفساد أيضا وأجيب بأننا  
 لنسلم أن له ذلك بل هو ممنوع عنه وقد يترتب على المحذور من الأحكام كالوطء حالة الحيض فإنه يحلل المرأة على زوجها الأول وتقرير الفساد  
 المأمور بنقصه من الشرع ممنوع وفي شرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المحذور الصادر من العبد ليس بمضاف إلى الشرع وأرى  
 أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي إثبات حق الشفعة تقريره كان كافيا وورد الخيار للمشتري كان يدفع بقوله لدفع  
 الفساد فان الفسخ فيه وإن كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لدفع الفساد ولكنه أنى بالسؤال والجواب إشارة إلى أن الشفعة تستحق على المالك  
 بملك غير محذور أو على من صار أحق بالبيع تصرفا والمشتري بالخيار وإن لم يكن مالكاً فهو أحق بالتصرف والمشتري شراء فاسد ليس  
 منهم ما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع (وان  
 بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فلبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها إلى المشتري فهو) أي المشتري (شفيعها لان المالك له) لا يقال  
 في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشرع الفاسد لا نقول المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن  
 من نقض المشتراة شراء فاسدا (٤٤٠) مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فإنه لو ثبتت الشفعة ثم لا تنقل

الشراء الفاسد من المشتري  
 إلى الشفيع بوصف الفساد  
 وفي ذلك تقرير فلا يجوز  
 فان قيل المالك وان كان  
 للمشتري وهو يقتضي ثبوت  
 حق الشفعة لكن المانع  
 محقق وهو بقاء حق البائع  
 في استرداد ما ثبت به حق  
 الشفعة وهو المشتري شراء  
 فاسدا فان بقاء ذلك منفع  
 الشفعة عن أخذ المشتري  
 بالشراء الفاسد أجيب بأن  
 ذلك مجرد تعلق بحق الغير  
 وهو المانع عن الشفعة  
 كقيام حق المرتهن في  
 الدار المرهونة فإنه لا يمنع  
 وجوب الشفعة للراهن اذا  
 بيعت دار بجنبها وامتناع

قال (فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد  
 فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها إلى المشتري فهو شفيعها لان المالك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم  
 بالشفعة له بطلت شفيعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد  
 الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل  
 الحكم بالشفعة له بطلت لا تقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد  
 الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا

واعترض عليه بأنه لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان ثبت في  
 حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع فيستحقها  
 بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع  
 وأجيب عنه بأن فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع إلى العوض اما بالشرط في حقه أو لفساد في نفسه  
 كجعل الخمر غنما فلا أسقطنا العوض لفساد فيه ببق البيع بلائع وهو فاسد أيضا فلا يمكن انفكاك  
 البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هناك وأما الخيار فانما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين  
 اذ هو للتأمل والترؤى فباسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط  
 خياره دازيد ما في الشروح وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلا أسقطنا العوض لفساد فيه ببق  
 البيع بلائع حيث قال فيه بحث اذ لا حاجة إلى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط  
 الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر اه (أقول) ليس هذا بشئ لان شيئا من اسقاط الشرط واعتبار  
 قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور أما الاول فلا لأن اسقاط

الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة لم يكن مجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد  
 ولا تقريره هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد (ثم ان سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري (قبل  
 الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقها به (كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده) لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك  
 الشفيع بعد الحكم به ليس بشرط (وان استردها) أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة  
 المشتري لا تقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا (وان استردها بعد  
 الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط

(قوله واعترض بأننا لنسلم أنه الخ) أقول لفظ الاخص يشكّل يدفع هذا الاعتراض فإنه لا يبقى تصرف للبائع فيما اذا كان الخيار للمشتري  
 بخلافه في البيع الفاسد فليتأمل فان قوله في الفساد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب بأننا لنسلم أن ذلك) أقول  
 ظاهره مقابلة المنع بالمنع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضة وقوله لا نسلم نساح (قوله ولكنه أنى بالسؤال والجواب إشارة إلى الخ) أقول  
 واستظهار أيضا وقد سبق مثله في هذا الباب ثم قوله أنى بالسؤال يعني ضمنا



قال (واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ) وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز (ولهذا يجري فيها جبر القاضى والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة) (٤٤١) ولانها لو وجبت لوجب للمقاسم

لكونه جاراً بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى داراً فسلم الشفعة الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو خيار شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذين القبض وعدمه (وان ردها بعيب بغير قضاء أو تقابل البيع فالشفيع الشفعة) لانه فسخ فى حقه - ما لا يتم - ما على أنفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حرد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع ثالث ومراعاة الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة انه ثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهم ما يثبتان للحل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود فى القسمة والله سبحانه أعلم

الشرط المفسد الرجوع الى العوض فى عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعى اسقاط نفس العوض المعين فى ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه وأما ما كان عدم اسقاط ما يصلح لأن يكون عوضاً فى مطلق البيع فغير مفيد لان الشفعة انما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذى أخذه المشتري لا بمطلق جنس الثمن وأما الثانى فلان اعتبار قيمة مثل الخمر فى البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بمال متقوم عند أهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له وأما فى البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة لكونه مالاً متقوماً عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم - بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر فى فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا فى البيع الفاسد فلا معنى للايراد المذكور أصلاً (قوله واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية ولانها لو وجبت لوجب للمقاسم لكونه جاراً بعد الافراز وهو متعذر اه (أقول) فيه نظر أما أولاً فلان كون المقاسم جاراً بعد الافراز لا يقتضى ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدماً على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذى يزول به ملك كل واحد من المقسمين عن الجزء الشائع فى حصة الآخر وأما ثانياً فلا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذى يتحقق فى حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اه (أقول) فيه نظر أيضاً أما أولاً فلان المقاسم انما كان شريكاً قبل الاقسام وأما بعده فقد صار جاراً فلا يلزم تقدم الجار على الشريك وأما ثانياً فلا ن تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة وأما اذا لم يثبت له حقها لمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك فى استحقاق الشفعة فضلاً عن بطلان ذلك لأنى انه اذا اشترى داراً فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار اسقوط حق الشريك كما مر فى أوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فماتنك فيما نحن فيه (قوله ومراعاة الرد بالعيب بعد القبض) قال

بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق فى هذين القبض وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منها وأما رواية الكسر فعنها ولا شفعة فى قسمة ولا فى الرد بخيار رؤية لما ذكرنا أنه فسخ من الاصل وأما

وفيه تظرسيعلم وأنكر نفي الاسلام كاصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والامام فاضل خان في شرح الجامع الصغير رجل رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكبلاً وموزوناً من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما أن يكون غير ما وقع في الاولى أو مثله ولا فائدة فيه فاما اذا كانت عقاراً أو غيره فانهم اذا اقساموا تأنيار بما يقع نصيبه فيما يوافق فيه فيكون مفيداً والله أعلم (٤٤٢)

### باب ما يبطل به الشفعة

قال (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفيعته) لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك ان أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم

جاءة من الشراح أي مراد القدر في قوله أو يعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده أي مراد القدر في قوله أو يعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه اه وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن أن يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتلأمل اه كلامه يعني يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية بحمل قول القدر في قوله أو يعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة لكلام القدر عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخاً من الاصل لم يثبت به حق الشفعة أصلاً سواء كان بقضاء أو بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله أو يعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا في ما سبق (أقول) الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية وان ما ذكره ذلك البعض ساقط أما الاول فلا نلوه كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدر وان ردها يعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكر قبله أثناء بيان قوله ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو شرط أو يعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له درية بأساليب كلام الثقات سيما المصنف وأما الثاني فلا نعدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدر أو يعيب بقضاء قاض عاماً شامل للصورة في القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض أفراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيّد بذلك القيد مصوناً عن اللغو وغير مخجل بعمومه فرداً آخر أيضاً اذا لم يكن القيد منافعياً للعموم ذلك الفرد الآخر وهذا كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضاً غاية الامر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تأمل نقف

### باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله) واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفيعته لاعراضه عن الطلب

فان

طلب الموائبة فهو على شفيعته وكذا ان طلب الموائبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما أوضحناه فيما تقدم

(قوله وفيه تظرسيعلم) أقول بعد أسطر

### \* (باب ما يبطل به الشفعة) \*

قال المصنف (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع الخ) أقول قوله حين علم إشارة الى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أشار اليه في باب طلب الشفعة فتذكر (قوله يعني طلب الموائبة) أقول يعني ترك نفس طلب الموائبة مطلقاً أشهد أولاً

### باب ما يبطل به الشفعة

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم أن تسليم الشفعة قبل المبيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط اليه هذا الحق أو لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق وهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد أو اسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق (قوله) واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم يعني طلب الموائبة بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفيعته وانما فسرنا بذلك اثلاً ليرد ما ذكر قبل هذا أن الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب (أشهد في مجلسه) ذلك على المطالبة أي طالب الموائبة وقوله هنا لاعراضه عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك

(وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض) اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملازم وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع المشتري سلبك شفعة هذه الدار ان أجرتنيها أو أعرقتها (فبالفساد) وهو ما ذكر فيه المال (أولى) والفاصل بين الملازم وغيره ان ما كان فيه (٣ ٤ ٤) توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالأجارة

والعادية والتولية ونحوها فهو ملازم لان الأخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه ذلك كالأخذ بالعوض فهو غير ملازم لانه اعراض عن لازم الأخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به

(قوله فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر) أقول على هذا التفسير لا يوجد شرط انتاج الشكل الاول الا أن يجمع سالب الصغرى موجبة سالبة المحمول والا حسن أن يقرر هكذا حق الشفعة ليس بحق متقرر وكل حق يصح الصلح عنه حق متقرر حتى يكون من الشكل الثاني (قوله وأما رد العوض فلان حق الشفعة الخ) أقول والحق عندي أن قوله لان حق الشفعة دليل على رد العوض وقوله ولا يتعلق اسقاط الخ على بطلان الشفعة على عكس ما قرره الشارع وعليك

قال (وان صالح من شفيعته على عوض بطلت شفيعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

فان قيل جعل ترك الاشهاد هنا مبطلا للشفعة وذ كر قبل هذا في باب طلب الشفعة أن الاشهاد ليس بلازم وانما هو لتفي التجاحد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر أصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو أنكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطاً لازماً لم يكن تركه مبطلا للشفعة فواجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل أن يريد به هذا الاشهاد نفس طلب الموائبة ولكن لما كان طلب الموائبة لا ينقل عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهاداً والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثل ما ذكره من التعليل هنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى في تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور هنا بطلب الموائبة حيث قالوا اذا ترك الشفيع الاشهاد أي طلب الموائبة واستغنوا به هذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلمة وفسره صاحب العناية أيضاً بما فسرناه به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان تركه ما ليس بشرط في شيء لا يبطله وبعضه قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة وقوله ههنا لا عراضه عن الطلب الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل لان جعل قول المصنف ههنا لا عراضه عن الطلب الى المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب الموائبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على الظاهر لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لا عراضه عن الاشهاد دون أن يقال لا عراضه عن الطلب وهو الذي أشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقوله ما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا اه وأما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة عاضداً أيضاً لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب الموائبة لا طلب التفرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب أشهد على طلب الموائبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد والمفسر ههنا بطلب الموائبة نفس الاشهاد فأي هذا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحدهما عاضداً للآخر (قوله وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط) قال صاحب العناية

بالأمل وكن الحماكم الفصل ثم قوله اسقاط مبتدأ وقوله لا يتعلق الخ خبره (قوله وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفيعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت ملازم على ما ذكره من التفسير وغير ملازم على ما ذكره في بيان الفاصل فليتأمل قال المصنف (فبالفساد أولى) أقول وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال فان قلت متى ثبت فسادك قلت في الدليل الاول فليتأمل (قوله ونحوها فهو ملازم) أقول كالمزارعة والمعاملة (قوله لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول اذا كان المراد بالفساد عدم الملازمة لا يتوجه السؤال



في شرح هذا المقام وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض أما بطلان الشفعة فلا أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لأنه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلا أن حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط بعنى الشرط الملائم وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكرا المال مثل قول الشفيع للشترى سلمتك شفعة هذه الدار ان أجرتنيها أو أعتيتها فبالفساد وهو ما ذكر فيه المال أولى اه كلامه (أقول) هذا شرح سقيم غير مطابق للشروح لأنه وزع تعليل المصنف بقوله لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الخ إلى قوله بطلت الشفعة وإلى قوله ورد العوض فجعل قوله لأن حق الشفعة إلى قوله فلا يصح الاعتياض عنه دليلا على قوله بطلت الشفعة وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه الخ دليلا على قوله ورد العوض بطريق ألف والنشر المرتب ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متأمل في كلام المصنف بأدنى تأمل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يبدل عليه قطعاً معنى المقام يرشد إليه جدا التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع أعنى قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الأول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى حيث قال ولنا فيه نظران اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا يرى إلى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها غيره أو قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعته لنفسك وقد باعها لغيره فهذه ليس بتسليم وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطاً محضاً صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك إلا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اه قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضاً لأنه انما أبطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كافي الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة قيل له بأن المال لا يصلح عوضاً عن الشفعة فصار كالتبر والخزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شيء كذا هنا وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية أبي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط في رواية أبي سليمان لا يبرأ ويحتاج إلى الفرق والفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معني فان الثمن سلم له فانه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فحق سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلاً فلا يسقط حقه في الكفالة اه ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور إلى هنا لفظ شرح العيني (أقول) لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ أبي المعين الجواب عن النظر المزبور بل لا مساس له بذلك لأن ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ أبي المعين متعلق بأصل المسئلة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فأجابه ما عرزل عن الآخر كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولاً كلام الشيخ أبي المعين بنسبته نقله عنه حيث قال وأورد الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع سؤالاً وجواباً في هذا الموضع قال فان قيل يجب العوض يجب أن لا تجب شفيعته أيضاً إلى آخر كلامه ثم أورد نظره المذكور في حاشية أخرى ولم يجب عنه فينبغي ما يوجبون لا يخفى

لأننا نقول ثبت بالدليل الأول فصحه الاستدلال وقوله (على عوض) إشارة إلى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لأن ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز فقد اعراض والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لأن حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض

(قوله) لأننا نقول ثبت بالدليل الأول (أقول) دلالة الدليل الأول على فساد كلا الشرطين لا الثاني فقط تأمل (قوله) اذا كان على بعض الدار صح (أقول) لأن بعض الشيء لا يكون عوضاً عنه

قوله (وكذا لو باع شفعته) يعني أنها تبطل (لما بينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعناق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح أجاب بقوله بخلاف القصاص لأنه حق متقرر والقصاص بين المتقرر وغيره انما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقرا فأما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقرا وبخلاف الطلاق والعناق لأنه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للخيرة اختاري بيني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت الخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لأنه مال لا يعضها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة (٤٤٥) والعوض (عنزلة الشفعة) في رواية

كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص وقيل وعليه الفتوى ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينهما وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط الإتمام الرضا وله إذا لا تسقط بالسكوت وغام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال وأما حق الشفعة فليس كذلك لأنه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لأنه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعناق لأنه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للخيرة اختاري بيني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا عنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه

ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لأن ذلك على وجهين أحدهما أن يصلحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني أن يصلحه على أخذ ذببت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لأن حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض اهـ (أقول) فيه بحث أما أولا فلا نأنا لانسلم ان في قوله على عوض إشارة إلى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة اذا لا يتصور إشارة قوله المذكور إلى ذلك الا بطريق مفهومي والمخالفة ولا شك ان مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعبر به بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا اذا لا يصلح شيء منهما لأن يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة ورد العوض نعم أيضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضا فن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الإشارة إلى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعبرات لكن الكلام في عدم تمام إشارة عبارة الكتاب اليه كما ادعاها صاحب العناية وأما ثانيا فلا نأنا لتعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الاعراض مما لا يكاد يتم لأن فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على مانص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول أن يقال لكون الحصة معلومة تدبر (قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا)

(وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط

قال المصنف (وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا) أقول يعني أنفا وأنت تعلم أن ما بينه لا ينبغي تمام المدعى ههنا اذا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا متقرا) أقول يعني كان القصاص حقا متقرا (قوله فأما في الشفعة فان المشتري الخ) أقول فيه بحث اذ حق الشفعة انما يثبت للشفيع لا للمشتري وذلك بتغير الصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا بمنزلة ثمنه وبعبارة أخرى ان الدار كانت مباحة التملك جبرا بمنزلة ثمنه وبالصلح خرجت عن كونها كذلك فليستأمل فيه بجوابه غير خفي (قوله ووجهه ان حق الكفيل في الطلب الخ) أقول ولعل الاضافة لا تدني ملازمة والمعنى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا لا تسقط بالسكوت) أقول أي بسكوت الطالب

قال ( واذا مات الشفيع بطلت شفيعته الخ ) اذا طلب الشفيع الشفعة واثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل القضاء بالشفعة او تسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفيعته وليس لورثته ان يأخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال الشافعي الاول كالثاني بناء على أصله أن الحقوق تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعرض عنها ولم تكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته وقتنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذي ثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا ألزاه باختياره بأن باع تسقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في أن الثابت للشفيع حق أن يملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق ( ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته ) أي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فـ كان مقدما على حق من ثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فالشفيع أن يقضيه كالأول باعها المشتري في حياته لا يقال يبيع القاضي حكم منه فكيف ينتقض بانه قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون ( ٤٤٦ ) نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها فاما ان يكون بائنا أو بالخيار له فان

كان الاول بطلت شفيعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أي ولان زوال السبب مبطل (يزول به) أي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا أو ابرأ عن الدين ولا يعلم أن له ديننا وطول بالفرق بينها وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري أو استأجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا وأجيب بأن المساومة والاجارة لم يوضع للتسليم وانما تسقط بهما للدلالة على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ورد بأن يبيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وان لم يعلم وأجيب بأن بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كل موضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفيعته لان الخيار يمنع الزوال فيبقى الاتصال قال ( ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ ) ذكر الأصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كوكيل بالبيع أو ببيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له

قال ( واذا مات الشفيع بطلت شفيعته ) وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقضيه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه ( وان مات المشتري لم تبطل ) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي أو الوصي أو وصي المشتري فيها بوصية فالشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته قال ( واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفيعته ) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا أو ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار لانه يمنع الزوال فيبقى الاتصال قال ( ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة ) والأصل ان من باع أو ببيع له لاشفعة له أشار به الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا في الشروح قال بعض الفضلاء وأنت تعلم ان ما بينه لا يفي بنظام المدعى هنا فلا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى اه أقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس يبيع حقيقة يعرف ذلك مما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن يباع حقيقة لانه من

واعتما تسقط بهما للدلالة على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء والمعاضات ورد بأن يبيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وان لم يعلم وأجيب بأن بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كل موضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفيعته لان الخيار يمنع الزوال فيبقى الاتصال قال ( ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ ) ذكر الأصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كوكيل بالبيع أو ببيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له

قال المصنف (ولانه بالموت يزول ملكه) أقول عطف على المعنى كأنه قال لما مر في البيوع ولانه (قوله لان العلم بالمسقط الخ) أقول لعلم المراد العلم بالمسقط لوصف كونه مسقطا (قوله وان كان الثاني الخ) أقول معطوف الى ما تقدم بمثابة أسطر تخميننا وهو قوله فان كان الاول بطل شفيعته لزوال السبب (قوله وهو الشفيع) أقول وهو راجع الى قوله رجلا قال المصنف ( ووكيل المشتري الى قوله لاشفعة له ) أقول قال في غاية الوقاية من باع عقارا هو شفيعه كوكيل بالبيع أو ببيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري أو اشترى له كالموكل بالشراء فله الشفعة الخ اه كلامه معناه الموكل بالشراء اذا كان شفيعا للدار المشفوعة وان كان الآخر الادنى منه سقط به وان ساواه تناصفا



ومن اشترى لو كبل المشتري أو اشترى له كلاً كبل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب وهو أن الأول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لأن أخذه بالشفعة كالشراء في كونها رغبة في المشفوعة والشفعة انما تبطل في الرغبة عنها (وكذلك) أي كوكيل البائع لو ضمن المشتري الدرك رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرخص المشتري الا بضمائه فكان الأخذ بالشفعة سعيًا في نقض ما تم من جهته (وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره الخ) واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بخطئة أو بشعر قيمته ألف (٤٤٧) أو أكثر فتسلمه باطل وهو على

شفعته أما في الأول فسلانه انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كأنه قال سلمت ان كان الثمن ألفا أراد أنه تسليم مشروط بشرط فينتقي بانتفاء شرطه وفيه نظر سيأتي بخلاف ما اذا ظهر أكثر من الألف فان مسنكرا ألفا أكثر استكثارا لا أكثر فمكان التسليم صحيحا وأما في الثاني فلأنه ربح ما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به اذا الجنس مختلف قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف انما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فسلان لا يصح اذا ظهر أقل كان أولى وكذا كل مكيل أو

ومن اشترى أو ابتاع له فله الشفعة لأن الأول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لأنه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشتري المشروط له الخيار بالبيع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال (واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بخطئة أو بشعر قيمتها ألف أو أكثر فتسلمه باطل وله الشفعة) لأنه انما سلم لاستكثار الثمن في الأول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذا الجنس مختلف وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير وان بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا اذا كانت أكثر وقال زفر له الشفعة لا اختلاف الجنس ولنا أن الجنس متحد في حق الثمنية

المعاوضات المالية ولم يكن أيضا شيئا من المعاوضات أصلا فلا جرم كان اسقاطا فتم به المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليمه لان البيع عليك مال بمال وحق الشفعة لا يشمل التملك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها اه (قوله واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بخطئة أو بشعر قيمتها ألف أو أكثر فتسلمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا لان اطلاق ما ذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو على شفعة ولم يتعرض ان قيمة المكييل والموزون أقل من قيمته التي اشتراها به أو أكثر وكذلك تعليل دال عليه وكذلك ما ذكره في الايضاح من الاطلاق والتعليل دال عليه وهكذا أيضا استدلال في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال فلما أخبر أن الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو أخبر أن الثمن ألف درهم فاذا ظهر أنه مكييل أو موزون فهو على شفعة على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فسلان لا يصح اذا ظهر أقل أولى اه (أقول) ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر

موزون أو عددي متقارب لكونه في معنى المكييل بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فصار كالمكيل بيعت بألف فلم يتم ظهور أكثر من ذلك ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لا اختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهم ولنا أنهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عادة

(قوله وتكلف لذلك كثيرا الخ) أقول هذا لا يدفع كلام صاحب النهاية فانه لا كلام في إيهام هذا التقييد بمن أول الوهلة ما ذكره فالأولى هو الاطلاق

(واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره قال محمد رحمه الله في (٤٤٨) الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الداران كنت اشتريتها لنفسك وقد

اشترها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الابعد وجوده وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عماري عن أبي يوسف على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف وقد تكون حاجته الى النصف ليست به مرافق مله ولا يحتاج الى الجميع **فصل** لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل

(قوله وهذا كما ترى يناقض قول المصنف الخ) أقول وأنت خير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فمما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكره هنا فإنه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذا قدر له لأخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمر و فليأمل

قال (واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في أبعاضه **فصل** قال (واذا باع دارا لامقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار و هذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار و سلمه اليه

غير مفيد فإنه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها ألفا أو كثر وأقل كان التقييد بكونها ألفا أو كثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخرجا بناء على إيهامه في بادئ الرأي تقييد الحكم أيضا فلا أقل من كونه مستدركا وان عذ السالك مسلك الدلالة بالأولية مع كونه أمرا مبهما في هذا المقام كفي أن يقال قيمتها كثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن كثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا ظهر أقل منه أو مساوياه أولى فلا يخلص من استدراك أحد القيد (قوله واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعني تفاوت الناس في الجوار فالرضا بجوار هذا لا يكون رضا بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد رحمه الله عليه في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الداران كنت اشتريتها لنفسك وقد اشترها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الابعد وجوده اه وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى اه ولا يخفى ان كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذي أورده الشارح الاتقاني فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه و ذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هناك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وأنت خير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فمما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكره هنا فإنه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذا قدر له على أخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمر و فليأمل اه كلامه (أقول) هذا ليس بسديد لان حاصله جعل الشرط المذكور في كلام المصنف فيما سبق على الشرط الخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وجعل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط الخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئا من كلامهما لا يساعد ذلك أصلا أما كلام المصنف فلا لأنه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى ولا شك ان أولوية عدم تعلق اسقاطه بالفساد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص لجوار أن يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك في الفساد وأما كلام الامام محمد فلا لأنه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى أن ما ينفرد على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما الشرط الذي لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطا يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض تأمل وتف

**فصل** لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل

لاحتمال

الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذا قدر له لأخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمر و فليأمل

**فصل** واذا باع دارا

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا بتأذي به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة فيحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بيانه وكلامه واضح وقوله (لما يننا) اشارة الى قوله لا تقطاع الجوار وقوله (الا أن المشتري في الثاني شريك) لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفعين الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله (فان أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفعين في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله (الا اذا استحققت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى يعني أنها (٤٤٩) حيلة عامة الا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار ينضربه أي يرجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار وقوله (والا وجه الخ) تقريره اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وإنما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كالمو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف

لما يننا قال (واذا ابتاع منها سهماين ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني) لان الشفعين جار فيهما الا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الادرهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثلثين ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثلثين دون الثوب لانه عقد آخر والثلث هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة أخرى نعم الجوار والشركة فيباع باضـعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا أنه لو استحققت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فينضربه والاوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا بتأذي به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بيانه كذا في العناية وغيرها ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتجاج الى استعمال الحيلة لاسقاط شفعته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال قول صاحب العناية بتأذي به في قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا بتأذي به بأن قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار أخرى ورامداره المبيعة فتدبر اهـ (أقول) الاظهر عندي أن يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتأذي به دفع تأذي الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تأذي نفس البائع ولا يذهب عليك ان هذه الفائدة مما تحقق في كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والاوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير) قال صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيان فقال ومن الحيلة أنه اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض الباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر فلو أراد الشفعين أن يأخذوها يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وإنما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كالمو باع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف

(٥٧ - تكمله سابع) الشفعين الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه (أقول قوله قبل متعلق بقوله شفعة والضمير في لكونه راجع الى الجزء الاول والضمير في قوله ملكه راجع الى المشتري) قوله تقريره اذا أراد أن يبيع الدار الخ (أقول أنت خبير بأن ما ذكره ليس تقرير لما في الكتاب بل ذلك التقرير برحمة أخرى نعم الجار والشريك على ما ذكره الامام الزيلعي وتقرير ما في الكتاب على أن يدفع اليه بدل الدرهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما في ثمنه من الدرهم ثم اذا استحق العقارين أن لادين على المشتري فيبطل الصرف لا فراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فليأمل الشفعين الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه (أقول قوله قبل متعلق بقوله شفعة والضمير في لكونه راجع الى الجزء الاول والضمير في قوله ملكه راجع الى المشتري) قوله تقريره اذا أراد أن يبيع الدار الخ (أقول أنت خبير بأن ما ذكره ليس تقرير لما في الكتاب بل ذلك التقرير برحمة أخرى نعم الجار والشريك على ما ذكره الامام الزيلعي وتقرير ما في الكتاب على أن يدفع اليه بدل الدرهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما في ثمنه من الدرهم ثم اذا استحق العقارين أن لادين على المشتري فيبطل الصرف لا فراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فليأمل الشفعين الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه (أقول قوله قبل متعلق بقوله شفعة والضمير في لكونه راجع الى الجزء الاول والضمير في قوله ملكه راجع الى المشتري) قوله تقريره اذا أراد أن يبيع الدار الخ (أقول أنت خبير بأن ما ذكره ليس تقرير لما في الكتاب بل ذلك التقرير برحمة أخرى نعم الجار والشريك على ما ذكره الامام الزيلعي وتقرير ما في الكتاب على أن يدفع اليه بدل الدرهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما في ثمنه من الدرهم ثم اذا استحق العقارين أن لادين على المشتري فيبطل الصرف لا فراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فليأمل

(قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا بتأذي به) أقول في استيفاء الثمن ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار أخرى ورامداره المبيعة فتدبر (قوله واستحقاق

٧-٢٩



وقوله (ولا تذكر الحيلة) اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أولها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد رحمه الله وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تذكر الحيلة لمنع وجوب الشفعة بخلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة

مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك ولم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه وألفاظه ظاهرة سوى (٤٥٠) ما تنبه عليه (قوله فيتضرر به) أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هي زيادة

ضرر التشقيص فإن أخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تسرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررًا زائدًا وقوله (ولا فرق في هذا) أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعد وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه القدوري قال دروي عنه أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض لأن التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لأن التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه

قال (ولا تذكر الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد) لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ولو أجبنا الحيلة ما دفعناه ولا يوجب يوسف أنه يمنع عن إثبات الحق فلا بعد ضرر أو على هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة

### مسائل متفرقة

قال (وإذا اشترى خمسة نفر دار من رجل فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض بتفريق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا تقدم عليه مالم ينقذ الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفرق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع وسواء سمي لكل بعض غنًا أو كان الثمن جلة لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا الثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى

أن يقبض بعض ثمنها ويباع بالباقي ذنانير وعن هذا قال المصنف فيما إذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير وقالوا نعم لا يرجع المشتري بعشرين ألفًا وإنما يرجع بما أعطاه نعم كلا العينين مشتركان في أن يعامل الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيها لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منهما فصار أحدهما نظير الآخر في الحيلة لا عينه فلا يصلح أحدهما لأن يكون بيانًا وشرًا للآخر كما لا يخفى (قوله ولا تذكر الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) قال في العناية أخذًا من النهاية ومعراج الدراية اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أولها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تذكر الحيلة لمنع وجوب الشفعة بخلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة انتهى (أقول) في هذا التقرير شيء وهو أنه إما أن يراد بالاجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه إجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسألة أو إجماع المشايخ واختلافهم في الرواية وأما ما كان لا يخلو التقرير المسدود عن اضطراب أما على الأول

وقوله (بمنزلة أحد المشتريين) يعني أن أحد المشتريين إذا تقدم عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار فلان حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لا يلزم تفرق اليد على البائع وقوله (لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا الثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحدًا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وإن طلق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضى بهذا العيب حيث اشترى كذلك وأما بيان تفرق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع

مسائل متفرقة (قوله يتضرر به الدخيل ضررًا زائدًا) أقول يعني على الأخذ (قوله فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول وجوابه أن يجبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي إلى تفرق اليد عليه

(ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاومه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للشري أو ترك) وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للشري ادفع الى البائع حتى آخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض) ليعبد الدار الى البائع (وان كان له فيه نفع يعود العهد الى البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبيع نصيبه) فان للشفيع نقضه (لان العقد ما وقع مع الذي قاسم) فانه لم يجز بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة والشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرهما من التصرفات كالهبة (واطلاق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفع النصف الذي صار للشري (بدل على أن الشفع يأخذ النصف الذي صار للشري في أي جانب كان وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله) والباقي ظاهر قال (٤٥١) (وتسليم الاب والوصي الشفعة) قد ذكرنا أن الحل والصغير في استحقاق الشفعة

والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لا استوائهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جده أو أبيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفيعته اذا أدرك فان ترك هؤلاء الطلب بعد الامكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفيعته اذا بلغ قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبي حنيفة رحمه الله اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم

قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاومه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للشري أو ترك) لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع يعود العهد على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبيع نصيبه حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب بدل على أن الشفع يأخذ النصف الذي صار للشري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه انما يأخذها اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبيح جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال (ومن باع دارا وله عبد ما أذن عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلم يولد الشفعة) لان الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغير ما بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة من يبيع له قال (وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفيعته اذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شرعا دار بجوار دار الصبي فلم يطلب الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كدينه وقوده ولانه شرع لرفع الضرر فكان ابطاله اضرا به ولهما أنه في معنى التجارة فيملك تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي

فلان القطع يكون الثاني مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكاة كما ذكره وأما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال

مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره لكونه تابعا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح منه التسليم أصلا وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روي أن محمد مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لأبي يوسف (لمحمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كدينه) وفي بعض النسخ كدينه بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوله (وقوده) والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعقود عن القصاص الواجب له (ولانه شرع لرفع الضرر) وفي ابطاله اضرا به ولا يبيح حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه في معنى التجارة لانه يملك العين فيملكه بوضعه أنه لو أخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لسلامته عن توجه العهد بخلاف البيع منه ووضعه بقوله (ألا ترى) وهو واضح

(قوله فانه لم يجز بين المتعاقدين) أقول أي المتقاسمين (قوله قد ذكرنا أن الحل الخ) أقول لم يرد كالحل فيما تقدم يعني في باب ما يجب فيه الشفعة (قوله وقال محمد وزفر رحمهما الله) أقول خالف الشارح ههنا ترتيب المشروح (قوله قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي) أقول يعني في محل الخصومة الخ

وقوله (ولانه دائر) دليل آخر (٤٥٣) يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر في هـ اذا قد يكون في تركه ليقى الثمن

على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركه حاترك بلا عوض فيكون اضرازا به وقوله (وسكونهم) كابطالهما لما كان ماذ كر من الدليل مختصا بالتسليم أردفه بقوله وسكونهم كابطالهما (لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها) أو الغبن اليسير من المثل (فان بيعت بأكثر من قيمتها) بغبن فاحش (قبل جاز التسليم بالاجماع) يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق (وهو الاصح) لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم (كالاجنبي) فيكون الصبي على حقه اذا بلغ (وان بيعت باقل من قيمتها بمحابة كثيرة فعن أبي حنيفة لا يصح التسليم) منهما واذ لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضا لانهم لم يربا تسليها اذا بيعت بمثل الثمن فلان لا يربا اذا بيعت بأقل بمحابة كثيرة أولى وانما خص قول أبي حنيفة رحمه الله بالذكر لان المحابة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهم ما ولاية الامتناع عن الاتجار في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفه مافي

ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكه وسكونهم كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها بمحابة كثيرة فعن أبي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما أيضا ولارواية عن أبي يوسف والله اعلم

بعض المشايخ غير مكرره الخ فلان القطع بكون الاول مكرره لا يصح حينئذ لان شمس الأئمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعدما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لا بطلان حق الشفعة لأبأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبي يوسف وأما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء وللمنع من وجوب الزكاة انتهى قال الامام قاضيان في فتاواه ذكر محمد رحمه الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا على قول أبي يوسف لا تكره وعلى قول محمد تكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لا تكره وقال بعض المشايخ تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لا بطلان حق واجب وقيل الوجوب ان كان الجار فاسقا تاذي منه فلا بأس به وقال الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسي لا بأس بالاحتيال لا بطلان حق الشفعة على كل حال أما قبل وجوب الشفعة فلا شك كالزكاة اكتساب المال لمنع وجوب الزكاة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال أيضا لانه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا الاضرار بالغير قطا هر ماذ كسر في الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيان

م

تم الجزء السابع من تكملة فتح القدير ويليه الجزء الثامن وأوله كتاب القسمة

ماله انما يكون بالتى هي أحسن وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى أيضا خص قول أبي يوسف بقوله (ولارواية عن أبي يوسف) لانه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها والله أعلم بالصواب



فهرست الجزء السابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

صفحة	صفحة
باب اقرار المريض	٢
فصل في بيان الاقرار بالنسب	١٣
( كتاب الصلح )	٢٢
فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال الخ	٣٠
باب التبرع بالصلح والتوكيل به	٣٨
باب الصلح في الدين	٤٠
فصل في الدين المشترك	٤٦
فصل في التخارج	٥٢
( كتاب المضاربة )	٥٧
باب المضارب يضارب	٧٠
فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح الخ	٧٣
فصل في العزل والقسمة	٧٤
فصل فيما يفعله المضارب	٧٨
فصل آخر	٨٣
فصل في الاختلاف	٨٦
( كتاب الوديعة )	٨٨
( كتاب العارية )	٩٩
( كتاب الهبة )	١١٣
باب الرجوع في الهبة	١٢٩
فصل ومن وهب جارية الاحلها الخ	١٣٩
( كتاب الاجارات )	١٤٥
باب الاجرم متى يستحق	١٥٢
فصل ومن استأجر رجلا لينهب الى البصرة الخ	١٦٣
باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها	١٦٤
باب الاجارة الفاسدة	١٧٤
باب ضمان الأجير	١٩٩
باب الاجارة على أحد الشرطين	٢٠٨
باب اجارة العبد	٢١٣
باب الاختلاف في الاجارة	٢١٨
باب فسخ الاجارة	٢١٩
مسائل منشورة	٢٢٤
( كتاب المكاتب )	٢٢٥
فصل في الكتابة الفاسدة	٢٣٤
باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله	٢٤٢
فصل واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه الخ	٢٤٩
فصل واذا ولدت المكاتب من المولى الخ	٢٥٣
باب من يكاتب عن العبد	٢٦١
باب كتابة العبد المشترك	٢٦٣
باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى	٢٧٠
( كتاب الولاء )	٢٨٠
فصل في ولاء الموالاة	٢٨٨
( كتاب الاكراه )	٢٩٢
فصل وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر الخ	٢٩٧
( كتاب الحجر )	٣٠٩
باب الحجر للفساد	٣١٤
باب الحجر بسبب الدين	٣٢٤
( كتاب المأذون )	٣٣٢
فصل واذا أذن ولي الصبي للصبي	٣٥٧
في التجارة الخ	
( كتاب الغصب )	٣٦٠
فصل فيما يتغير بعمل الغاصب	٣٧٥
فصل ومن غصب عينا فغيبها الخ	٣٨٦
فصل في غصب ما لا يتقوم	٣٩٧
( كتاب الشفعة )	٤٠٥
باب طلب الشفعة والخصومة فيها	٤١٨
فصل في مسائل الاختلاف	٤٢٤
فصل فيما يؤخذ به المشفوع	٤٢٧
فصل واذا ابني المشتري فيها أو غرس الخ	٤٣٠

صفحة

٤٣٥ باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

٤٤٢ باب ما يطل به الشفعة

صفحة

٤٤٨ فصل واذا باع دارا لا مقدار ذراع منها الخ

٤٥٠ مسائل متفرقة

﴿ تمت ﴾